Galatasaray Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi

2021/1

TÜBİTAK ULAKBİM Hakemli Dergi

EBSCOhost

Galatasaray Üniversitesi Yayın No : 99
Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi No : 77

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Bilimsel Hakemli Dergidir.

Bu esere ilişkin olarak Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'ndan doğan haklar saklıdır. Burada yer alan makalelerde ileri sürülen görüşler yazarlarına aittir. Yayın Kurulu, makalelerde ileri sürülen görüşlerden dolayı herhangi bir sorumluluk üstlenmemektedir.

YAYIN KURULU

Prof. Dr. Necmi YÜZBAŞIOĞLU (Editör)

Prof. Dr. Mehmet ERDEM

Doç. Dr. E. Eylem AKSOY RETORNAZ (Yardımcı Editör)

Doç. Dr. Fülürya YUSUFOĞLU BİLGİN

Arş. Gör. Dilşad KUĞUOĞLU (Raportör)

Arş. Gör. Sıla ÖZTÜRKLER

DANIŞMA KURULU

Prof. Dr. Baki İlkay ENGİN (İstanbul Üni.)

Prof. Dr. Cemal Bâli AKAL (İstanbul Bilgi Üni.)

Prof. Dr. Osman Korkut KANADOĞLU (Yakın Doğu Üni.)

Prof. Dr. M. Turgut ÖZ (Kültür Üni.)

Prof. Dr. Oktay UYGUN (Yeditepe Üni.)

HAKEM KURULU

Prof. Dr. Tolga AYOĞLU

Prof. Dr. Süleyman BAŞTERZİ

Prof. Dr. Halûk BURCUOĞLU

Prof. Dr. Ebru CEYLAN

Prof. Dr. Sezer ÇABRİ

Prof. Dr. Murat DEVELİOĞLU

Prof. Dr. İlyas DOĞAN

Prof. Dr. Murat ENGİN

Prof. Dr. Mustafa ERKAN

Prof. Dr. Mehmet Ozan ERÖZDEN

Prof. Dr. Devrim GÜNGÖR

Prof. Dr. Zeynel Temel KANGAL

Prof. Dr. Hasan Selçuk KÖNİ

Prof. Dr. Gül OKUTAN NILSSON

Prof. Dr. Akif Emre ÖKTEM

Prof. Dr. Turgut ÖZ

Prof. Dr. Sibel ÖZEL

Prof. Dr. Hamide Özden ÖZKAYA FERENDECİ

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ

Prof. Dr. Vesile Sonay EVİK

Prof. Dr. Ahmet Ulvi TÜRKBAĞ

Prof. Dr. Oktay UYGUN

Prof. Dr. Hamdi YASAMAN

Prof. Dr. Cüneyt YÜKSEL

Doç. Dr. Emine Eylem AKSOY RETORNAZ

Doç. Dr. Güçlü AKYÜREK

Doç. Dr. Süheyla BALKAR

Doç. Dr. Gülşah BOSTANCI BOZBAYINDIR

Doç. Dr. Berk DEMİRKOL

Doç. Dr. Hakkı Hakan ERKİNER

Doç. Dr. Ali Hakan EVİK

Doç. Dr. Birden GÜNGÖREN BULGAN

Doç. Dr. Burak HUYSAL

Doç. Dr. Zafer KAHRAMAN

Doç. Dr. Tuba KARAMAN
Doç. Dr. Pınar MEMİŞ KARTAL
Doç. Dr. Sevtap METİN
Doç. Dr. Güneş OKUYUCU ERGÜN
Doç. Dr. Rifat Murat ÖNOK
Doç. Dr. Ceren Zeynep PİRİM KIZILCA
Doç. Dr. Öz SEÇER
Doç. Dr. Hasan SINAR
Doç. Dr. Kazım Sedat SİRMEN
Doç. Dr. Tolga ŞİRİN
Doç Dr. Murat TUMAY
Doç. Dr. Özen ÜLGEN ADADAĞ
Doç. Dr. Fülürya YUSUFOĞLU BİLGİN
Dr. Öğr. Üyesi Betül AKTAŞ
Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Sinan ALTUNÇ
Dr. Öğr. Üyesi Aysun ALTUNKAŞ
Dr. Öğr. Üyesi Engin ARIKAN
Dr. Öğr. Üyesi Asiye Selcen ATAÇ
Dr. Öğr. Üyesi Asuman AYTEKİN İNCEOĞLU
Dr. Öğr. Üyesi Kadir BAŞ
Dr. Öğr. Üyesi Balca ÇELENER
Dr. Öğr. Üyesi Mustafa Halil ÇONKAR
Dr. Öğr. Üyesi Işıl EGEMEN DEMİR
Dr. Öğr. Üyesi Rahime ERBAŞ
Dr. Öğr. Üyesi Hakkı Hakan ERKİNER
Dr. Öğr. Üyesi Ayşegül SEZGİN HUYSAL
Dr. Öğr. Üyesi Ekrem SOLAK
Dr. Öğr. Üyesi Mualla Buket SOYGÜT ARSLAN
Dr. Öğr. Üyesi Ayşe ŞAHİN
Dr. Öğr. Üyesi Begüm ŞERMET SÜZEN
Dr. Öğr. Üyesi Haluk TOROSLU
Dr. Öğr. Üyesi Güner Hande ULUTÜRK
Dr. Öğr. Üyesi Ali Emre ZEYBEKOĞLU
Dr. Ali Cenk KESKİN
Dr. Şinasi Özgür MUMCU

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin bu sayısı 2021 yılının Haziran ayında yayımlanmıştır.

ISSN : 1303-6556
Yayın : SEÇKİN YAYINCILIK A.Ş. - Emre Kızmaz
Sertifika No: 45644
Mustafa Kemal Mah. 2158. Sok. No: 13 Çankaya / ANKARA
Tel: 0312 435 30 30 - Faks: 0312 435 24 72

GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ
Çırağan Caddesi, No. 36, Ortaköy 34357 İSTANBUL
e-posta: hukukfd@gsu.edu.tr

GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
YAYIN İLKELERİ

1. Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, hakemli ulusal bir dergidir; Haziran ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki kez ya-yımlanmakta olup, 2016 yılından beri TÜBİ-TAK-ULAKBİM Hukuk Veri Tabanında dizinlenmektedir.

2. Dergiye gönderilen yazılar, başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.

3. Yazılar, **hukukfd@gsu.edu.tr** e-posta adresine Word formatında gönderilmelidir. Gönderilen metin yazarın kimliğini belirleyecek herhangi bir ifade içermemelidir. Yazar, gönderdiği e-posta içinde, adını-soyadını, (varsa) akademik unvanını, orcid.org adresinden ala-cağı araştırmacı kimlik numarasını, çalıştığı kurumu, iletişim adresi-ni, telefon numarasını ve e-posta adresini bildirmelidir.

4. Derginin yayın dili Türkçe, İngilizce, Fransızca, Almanca ve İtal-yanca dilleridir. Bu dillerin dışındaki eserlerin kabulü Yayın Kurulu kararına bağlıdır. Her yazı, en az 100 en fazla 200 sözcükten oluşan Türkçe ve İngilizce kısa öz (abstract), her iki dilde başlık ve beşer anahtar kelime içermelidir. Her eserin sonunda aşağıda belirtilen kurallara uygun kaynakça yer almalı, kullanılan kaynaklar dipnotta gösterilmelidir.

5. Metin, 12 punto boyutunda Times New Roman yazı karakteri kulla-nılarak, dik ve normal harferle yazılır. Dipnotlar ise, 10 punto boyu-tunda, Times New Roman yazı karakterinde, dik ve normal harferle yazılır. Aynen veya kısaltılarak yapılan alıntılar tırnak içinde ve italik karakter kullanılarak belirtilir. Koyu (bold) harfer başlıklarda, yatık (italik) yazı yabancı dildeki deyim ve özel isimlerde kullanılır. Vir-gül, nokta ve öteki noktalama işaretlerinden sonra bir karakter boşluk bırakılır. Metin içindeki yabancı kelimeler yatık (italik) olarak yazıl-malıdır.

6. Yayın Kurulu tarafından yapılan ilk incelemede, açıkça yayın ilkele-rine uyulmadığı saptanan yazılar hakeme gönderilmeden önce gerek-li düzeltmelerin yapılması için yazara gönderilir. Bilimsel ölçütlere uymayan yazılar Yayın Kurulunca hakeme gönderilmeksizin yazarına iade edilir. Yayın Kurulu tarafından uygun bulunan yazılar "nesnel değerlendirme ilkesi" uyarınca en az iki hakemin incelemesine sunu-lur. Hakemlerden gelen rapor doğrultusunda yazının yayınlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir. Yazar, bu durum-dan derhal haberdar edilir.

7. Dergide, hakem denetiminden geçen yazılar dışında, karar incelemesi, kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi, bilgilendirici not vb. ya-zılara da yer verilebilir. Bu nitelikteki yazıların kabul edilmesi Yayın Kurulu kararına bağlıdır. Hangi yazıların hakem incelemesinden geç-mediği dergi içinde açıkça belirtilir.

8. Yayımlanmak üzere kabul edilen yazıların basılı ve elektronik tüm ya-yın hakları Galatasaray Üniversitesine aittir. Yazarlar telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılır, ayrıca telif ücreti ödenmez.

9. Metin içerisinde başlıklar, aşağıdaki şekilde düzenlenmelidir:

I. KALIN VE TÜMÜ BÜYÜK HARF

1. Kalın ve Sadece İlk Harfer Büyük

A. Kalın ve Sadece İlk Harfer Büyük

a. Beyaz ve Sadece İlk Harfer Büyük

aa. Beyaz ve Sadece İlk Harfer Büyük

10. Metin içerisindeki kısaltmalarda, kısaltılacak isim veya başlık metin-de ilk defa kullanıldığında kısaltılmadan ve parantez içinde kısaltması belirtilerek kullanılmalı veya kısaltılmış isim ya da başlık karşılıkları ile kaynakçadan önce yer alan kısaltmalar cetvelinde gösterilmeli; dip-notlarda kullanılan kısaltmalara ise, sadece kısaltmalar cetvelinde yer verilmelidir.

11. Kaynakçada gösterim: Yazıda yararlanılan eserler soyadına göre alfa-betik olarak sıralanır. Kararlar ve internet kaynakları için bölümleme yapılabilir.

a) Kitap: Yazar SOYADI (Büyük harf, normal) Adı (İlk harf büyük, normal), **Eser adı** (Kalın/Bold), Basım sayısı, Yayınevi, Yayın yeri, Yayın yılı. (normal)

Örnek: TEZİÇ Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, 16. bası, Beta, İstanbul, 2013.

Örnek: İNCEOĞLU Sibel (Editör), ..., ...

Çeviri kitaplar için:

SARTORİ Giovanni, **Demokrasi Teorisine Geri Dönüş**, (çev. T. Karamustafaoğlu / M. Turhan), Yetkin, Ankara, 1996.

İki yazarlı kitaplar için:

TANÖR Bülent / YÜZBAŞIOĞLU Necmi, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 15. bası, Beta, İstanbul, 2015.

Üç veya daha fazla yazarlı kitaplar için:

ÖZBEK Veli Özer / DOĞAN Koray /BACAKSIZ Pınar, vd., Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, Seçkin, Ankara, 2016.

b) Yüksek Lisans veya Doktora tezleri için:

ALTAY Sıtkı Anlam, Bankaların Mali Durumlarının Bozulmasının Hukuki Sonuçları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2001.

c) Makale: Yazar SOYADI (Büyük harf, normal) Adı (İlk harf büyük, normal), "Makale başlığı" (Tırnak içinde), Eser adı (Kalın/ Bold), cilt sayısı, basım sayısı, yayın tarihi ve sayfa sayıları. (Makalelerde, makalenin tamamının hangi sayfalar arasında yer aldığı belirtilir.)

Örnek: KOÇ Sedef, "İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde İspat Sorunu", **GSÜHFD**, S. 2012-1, 2014, ss. 281-300.

d) İnternet kaynakları: Tam adres ve son erişim tarihi belirtilmelidir. Big Data, Crime and Security, Parliamentary Offce of Science and Technology of the UK Parliament Note no: 470, 2014, http://researchbriefngs.fles.parliament.uk/documents/POST-PN-470/POST-PN-470.pdf (Erişim Tarihi: 28.03.2016).

12. Dipnotlarda: Dipnotlarda bir esere yapılan ilk gönderme ile kaynak-çada yer verilen eserler aynı biçimde yazılmalıdır. Dipnot gösterimleri aşağıdaki gibidir.

a) Kitap ve makaleler: Dipnotta sadece kalın harferle yazarın soyadı; eserin yayın yılı ile sayfa numarası gösterilir. İki yazarın bulunması durumunda her iki yazarın soyadı da kullanılır. İkiden fazla yazar olması durumunda ilk yazarın soyadını "ve diğ./et al." ifadesi takip eder. Eğer aynı yazarın aynı yılda basılmış birden fazla yayını kullanılmışsa basım yıllarının sonuna kaynakçadaki sıraya uygun olarak alfabetik bir karakter ilave edilir (2013a, 2013b...).

Örnek: KOÇ, s. 17.

b) Karar: Kararı veren kurum, esas sayısı, karar sayısı ve karar tarihi, karara ulaşılabilecek kaynak.

Y. 13. HD, E. 2016 / 5823, K. 2016 / 13745, 30.05.2016, YKD, c. 42, S. 10, 2016, ss. 2430-2431.

İnternet: Kullanılan içeriğe uygun kısa atıf kuralına uygun hareket edilmelidir.

13. Dergimizin Haziran sayısı için son yazı kabul tarihi **1 Nisan**; Aralık sayısı için son yazı kabul tarihi ise **1 Ekim**'dir. Bu tarihlerden sonra gönderilecek yazılar, takip eden sayı için yayın değerlendirme listesi-ne alınacaktır.

14. Bu Dergide yer alan yazılara yapılacak atıfların aşağıdaki şekilde olması önerilir:

Yazar SOYADI (Büyük harf, normal) Adı (İlk harfi büyük, normal), "Makale başlığı" (Tırnak içinde), **Eser adı** (Kalın/ Bold), cilt sayısı, basım sayısı, yayın tarihi ve sayfa sayıları.

Örnek: KOÇ Sedef, "İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde İspat Sorunu", **GSÜHFD**, S. 2012-1, 2014, ss. 281-300.

İçindekiler

KAMU HUKUKU

Prof. Dr. **Ayşe Füsun ARSAVA** **3**

İSVİÇRE ANAYASASI ÖRNEĞİNDE ULUSAL PARLAMENTOLARIN DEMOKRATİK KATILIM HAKKI OLARAK UYGUN BULMA YETKİSİ KULLANMASI

THE NATIONAL PARLIAMENTS' POWER OF APPROVAL AS A DEMOCRATIC PARTICIPATION: THE SWISS CONSTITUTION AS AN EXAMPLE

Prof. Dr. **Olivier DÉCIMA** **37**

INDEPENDANCE DU MINISTERE PUBLIC FRANÇAIS?

Doç. Dr. **E. Eylem AKSOY RETORNAZ** **49**

BAŞKASI YERİNE CEZA İNFAZ KURUMUNA VEYA TUTUKEVİNE GİRME SUÇU (TCK m.291)

OFFENSE OF ENTERING A PRISON OR DETENTION CENTRE IMPERSONATING ANOTHER

Prag. Dr. (Doç. Dr.) **Hakkı Hakan ERKİNER** **67**
Dr. **Emerant Yves Omgba AKOUDOU**

LA SECURITE HUMAINE COMME CAUSE FINALE DE LA SOCIETE POLITIQUE

HUMAN SECURITY AS FINAL CAUSE OF POLITICAL SOCIETY

SİYÂSÎ TOPLUMUN NİHÂÎ NEDENİ OLARAK İNSAN GÜVENLİĞİ

Doç. Dr. **Birden GÜNGÖREN BULGAN** **119**

HEGEL'İN ÖZGÜRLÜK ANLAYIŞI GÜNÜMÜZDE NASIL YORUMLANABİLİR?

HOW TO INTERPRET HEGEL'S NOTION OF FREEDOM TODAY

Doç. Dr. **Güneş OKUYUCU ERGÜN** **133**

EUROPEAN AGENCIES FOR CRIMINAL JUSTICE AND COOPERATION WITH TURKEY

CEZA YARGISI ALANINDA AVRUPA BİRLİĞİ KURUMLARI VE TÜRKİYE İLE İŞBİRLİĞİ

Dr. Öğr. Üyesi **Şefik Taylan AKMAN** **151**

FEODALİZMDEN KAPİTALİZME GEÇİŞ SÜRECİNDE İNGİLTERE'DE HUKUKİ DÜZENİN KURULUŞU VE İKTİDARIN PAYLAŞIMI

THE ESTABLISHMENT OF THE LEGAL ORDER AND THE POWER-SHARING IN ENGLAND DURING THE TRANSITION PERIOD FROM FEUDALISM TO CAPITALISM

Dr. Öğr. Üyesi **Engin ARIKAN** **239**

KİŞİLERİN HAKLARINI SAVUNMAK MİLLİ BÜTÜNLÜĞE AYKIRI MIDIR? DURKHEIM'IN "MİLLİ" BİREYCİLİK ANLAYIŞI

IS DEFENDING PERSONAL RIGHTS CONTRARY TO NATIONAL UNITY? DURKHEIM'S UNDERSTANDING OF "NATIONAL" INDIVIDUALISM

Dr. Öğr. Üyesi **Can CANPOLAT** **267**

ADLİ PSİKOLOJİ NAZARINDA CEZA MUHAKEMESİNDE GERÇEĞE AYKIRI TANIK BEYANI

IN FRAMEWORK OF FORENSIC PSYCHOLOGY FALSE WITNESS STATEMENTS IN CRIMINAL PROCEDURE

Dr. Öğr. Üyesi **Yeliz KULALI MARTIN** **315**

LES PRINCIPAUX CRIMES TRANSNATIONAUX:
LES TENTATIVES DE DEFINITION ET DE CODIFICATION DANS LE CADRE DU DROIT INTERNATIONAL PENAL

THE MAIN TRANSNATIONAL CRIMES:
ATTEMPTS AT DEFINITION AND CODIFICATION IN THE FRAMEWORK OF INTERNATIONAL CRIMINAL LAW

BAŞLICA SINIRAŞAN SUÇLAR:
ULUSLARARASI CEZA HUKUKU ÇERÇEVESİNDE TANIM VE KODİFİKASYON GİRİŞİMLERİ

Dr. Öğr. Üyesi **Bleda R. KURTDARCAN** **345**
Dr. Dz. Albay **F. Kayhan OLGUNGÜL**

MUHAREBE ALANINDAN SİVİL DENİZCİLİĞE EN YENİ TRANSFER:
GNSS KARIŞTIRMA VE ALDATMASININ KISA TEKNİK VE HUKUKİ ANALİZİ

THE MOST RECENT TRANSFER FROM BATTLEFIELDS TO MARITIME DOMAIN:
GNSS JAMMING AND SPOOFING & A SHORT TECHNICAL AND LEGAL ANALYSIS THEREOF

Dr. Öğr. Üyesi **Ceren YILDIZ** **367**

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA HAK İHLALİNİN KANUNDAN KAYNAKLANMASI SORUNU VE BU SORUNA İLİŞKİN ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

THE PROBLEM OF THE VIOLATION OF RIGHTS ARISING FROM STATUTE IN THE LIGHT OF THE DECISIONS OF CONSTITUTIONAL COURT AND SUGGESTED SOLUTIONS RELATED TO THE PROBLEM

Arş. Gör. **Atahan DEMİRKOL** **417**
Dr. Öğr. Üyesi **Şahin Eray KIRDIM**

MARKSİZM VE ULUSLARARASI HUKUK:
TEORİ Mİ ELEŞTİRİ Mİ?

MARXISM AND INTERNATIONAL LAW:
THEORY OR CRITICISM?

Arş. Gör. **Göksu IŞIK** **455**

LES IMMIGRANTS A L'ÉPREUVE DES MESURES ANTITERRORISTES DANS LE DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

THE IMMIGRANTS IN THE SHADOW OF COUNTER-TERRORISM MEASURES IN EUROPEAN UNION LAW

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDA TERÖRLE MÜCADELE ÖNLEMLERİNİN GÖLGESİNDE GÖÇMENLER

Arş. Gör. **Haşim ÖZPOLAT** **517**

KÜRESEL TERÖRİZM KARŞISINDA İNSAN HAKLARINI YENİDEN DÜŞÜNMEK SCHMITTYEN BİR YAKLAŞIM DENEMESİ

CARL SCHMITT AND RETHINK HUMAN RIGHTS AGAIN IN AGE OF TERORISM

Uzman Hukukçu/Av. **Seçil ÇOŞKUN** **559**

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDA PİYASA DOLANDIRICILIĞI (MANİPÜLASYON)

MARKET FRAUD (MANIPULATION) IN EUROPEAN UNION LAW

Av. **Ensar KURU** **615**

BİREYSEL BAŞVURU KARARLARINDA CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNA İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLAR BAKIMINDAN MAKUL SÜREDE YARGILANMA HAKKI

RIGHT TO TRIAL WITHIN A REASONABLE TIME IN TERMS OF CRIMINAL PROCEDURE LAW IN THE INDIVIDUAL APPLICATION DECISIONS

Av. **Duygu TAN** **649**

CONTEMPLATING TERRORISM UNDER THE JURISDICTION OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT:
PROBLEMS AND PROSPECTS

TERÖRİZMİ ULUSLARARASI CEZA DİVANI'NIN YARGI YETKİSİ DÂHİLİNDE DÜŞÜNMEK: SORUNLAR VE ÖNGÖRÜLER

A. Yasin UYSAL **691**

HAVING A DIGNIFIED CONFLICT UNDER DRONE WARFARE, WHAT TO DO?

DRONE SAVAŞLARI DÖNEMİNDE ONURLU BİR ÇATIŞMA YÜRÜTMEK, NE YAPILMALI?

ÖZEL HUKUK

Doç. Dr. **Gaye BAYCIK** **713**
Dr. Öğr. Üyesi **Orhan Ersun CİVAN**
Arş. Gör. **Hazal TOLU YILMAZ**
Arş. Gör. **Berrin BOSNA**

PLATFORM ÇALIŞANLARINI YASAL GÜVENCEYE KAVUŞTURMAK:
SORUNLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

PROVIDING LEGAL ASSURANCE FOR PLATFORM WORKERS:
PROBLEMS AND SOLUTIONS

Doç. Dr. **Nur BOLAYIR** **803**

FRANSIZ HUKUKU'NDA *AMICUS CURIAE* (MAHKEME DOSTU) KURUMU

INSTITUTION OF AMICUS CURIAE *(FRIEND OF COURT) IN FRENCH LAW*

Doç. Dr. **İlyas GÖLCÜKLÜ** **835**

MİLLETLERARASI TAŞIYICI ANNELİĞE İLİŞKİN KARARLARIN TANINMASI VE TENFİZİ

RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF INTERNATIONAL SURROGACY DECISIONS

Doç. Dr. **Kadir Berk KAPANCI** **867**

BAĞIŞLANANIN BAĞIŞLAYANDAN ÖNCE ÖLMESİ HALİNDE BAĞIŞLAMA KONUSUNUN BAĞIŞLAYANA GERİ DÖNMESİ (DÖNÜŞÜ) ŞARTINI İÇEREN BAĞIŞLAMA (TBK m.292)

DONATION WITH A REVERSION CLAUSE IN CASE OF THE RECIPIENT'S DEATH BEFORE THE DONOR
(Art.292 TCO)

Doç. Dr. **Kadir Berk KAPANCI** **913**

İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİ'NİN SÖZLÜ VASİYETNAMEYE İLİŞKİN BİR KARARI (TF 5A_236/2017, ATF 143 III 640) ÜZERİNE KISA BİR DEĞERLENDİRME

THOUGHTS ON A SWISS FEDERAL COURT'S AWARD (TF 5A_236/2017, ATF 143 III 640) WITH REGARD ORAL WILL

Doç. Dr. **Öz SEÇER** **931**

KENTSEL DÖNÜŞÜMDE ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN İDARİ YOLLA SONA ERMESİNİN KOŞULLARI

CONDITIONS OF TERMINATION OF CONSTRUCTION CONTRACT IN RETURN TO LAND SHARE IN URBAN TRANSFORMATION BY ADMINISTRATIVE MEAN

Doç. Dr. **İlhan YILMAZ** **965**

GERÇEK KİŞİLERİN VATANDAŞLIĞINDA "*GERÇEK BAĞLANTI*" İLKESİ: *NOTTEBOHM* ROMANTİZMİNİN SONU

*THE "*GENUINE CONNECTION*" PRINCIPLE IN THE NATIONALITY OF NATURAL PERSONS: THE END OF* NOTTEBOHM *ROMANCE*

Dr. Öğr. Üyesi **Erkan EREN** **1013**

BANKA YÖNETİM KURULUNDA TEMSİL EDİLME HAKKI VEREN PAY SAHİPLERİ SÖZLEŞMESİ "KANUNA KARŞI HİLE" OLARAK DEĞERLENDİRİLEBİLİR Mİ?

CAN A RIGHT "TO BE REPRESENTED IN THE BOARD OF DIRECTORS OF A BANK" GRANTED WITH A SHAREHOLDERS' AGREEMENT BE CONSIDERED AS "FRAUD AGAINST LAW"?

Arş. Gör. **Doğan KARA** **1047**

İSVİÇRE TÜRK HUKUKU'YLA KARŞILAŞTIRMALI OLARAK FRANSIZ MEDENİ KANUNU UYARINCA FRANSIZ HUKUKU'NDA SATICININ AYIPTAN SORUMLULUĞU

THE SELLER'S WARRANTY OF QUALITY AND FITNESS UNDER FRENCH CIVIL CODE IN FRENCH LAW COMPARED TO THE SWISS TURKISH LEGAL SYSTEM

Av. **Dilan GÜMÜŞTAŞ** **1113**

MİLLETLERARASI TİCARET ODASININ 2021 TAHKİM KURALLARININ İNCELENMESİ

EXAMINATION OF THE 2021 ARBITRATION RULES OF THE INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE

Av. **Fatma Işık KARATAŞ** **1193**

İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE EKSİK İŞ KAVRAMI

INCOMPLETE WORK IN CONSTRUCTION CONTRACTS

Av. **Onur ŞAHİN** **1237**

AKILLI TELEFON TELİF SAVAŞLARI:
GOOGLE v. ORACLE DAVASI

SMARTPHONE COPYRIGHT WAR:
GOOGLE v. ORACLE

Emrah URAN **1277**

AVRUPA BİRLİĞİ, AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ VE TÜRK REKABET HUKUKUNDA DİJİTAL PLATFORMLAR:
PAZAR TANIMINDA YENİ BİR ÇAĞIN EŞİĞİNDE

DIGITAL PLATFORMS IN THE EUROPEAN UNION, THE UNITED STATES AND TURKISH COMPETITION LAW:
ON THE VERGE OF A NEW ERA FOR MARKET DEFINITION

KAMU HUKUKU

GSÜHFD, 2021; 1: 3-36

İSVİÇRE ANAYASASI ÖRNEĞİNDE ULUSAL PARLAMENTOLARIN DEMOKRATİK KATILIM HAKKI OLARAK UYGUN BULMA YETKİSİ KULLANMASI(*)

Prof. Dr. **Ayşe Füsun ARSAVA**(**)

Öz: Uluslararası ilişkileri düzenleme aracı olarak günümüzde uluslararası anlaşmalar yanısıra farklı hukuki tasarruflar kullanılmaktadır. Anayasalar ancak bu gelişimin gerisinde kalarak münhasıran uluslararası anlaşmalarla bağlantılı olarak parlamentoların demokratik meşruiyeti temin eden katılım hakkını düzenlemektedir. Makalede bir taraftan demokrasi örneği veren İsviçre'de Federal Konsey ve Federal Meclisin uluslararası anlaşmalara ilişkin anayasa hükmünü analojik olarak uluslararası ilişkileri düzenleyen diğer tasarruflara ne şekilde uygulandığına, diğer taraftan da anayasaların uluslararası yeni gelişmeleri dikkate alma gereksinimine ışık tutulmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Demokratik Meşruiyet, Tek Taraflı Tasarruflar, Özel Hukuk Anlaşmaları, Anoloji, Yetki Devri.

THE NATIONAL PARLIAMENTS' POWER OF APPROVAL AS A DEMOCRATIC PARTICIPATION: THE SWISS CONSTITUTION AS AN EXAMPLE

Abstract: Besides international agreements, different legal instruments are used as a means of regulating international relations. Constitutions lag behind this development and regulate the right of participation of parliaments in connection with international

(*) Bu makale, hakem incelemesinden geçmemiştir.

(**) Atılım Üniversitesi, Uluslararası Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi.

agreements, with the aim of ensuring democratic legitimacy. The article discusses how the Federal Council and the Federal Assembly in Switzerland, which gives an example of democracy, apply the constitutional provision on international agreements to other acts that regulate international relations and why constitutions need to take into account new international developments.

Keywords: Democratic Legitimacy, Unilateral Acts, Contract Governed by Private Law, Analogy, Devolution of Authority.

GİRİŞ

Klâsik uluslararası anlaşmalar uluslararası ilişkileri düzenleme aracı olarak münhasırlık özelliğini yitirmiştir. Günümüzde uluslararası ilişkileri düzenleyen uluslararası anlaşmaların yerine farklı hukuki tasarruflar geçmiştir. İsviçre anayasası uluslararası yükümlülüklerin oluşumunda parlamentonun demokratik katılımını uluslararası anlaşmalarla sınırlamıştır (md.166, fık.2; md.140, fık.1). Doktrin de aynı şekilde parlamentonun uygun bulma yetkisini münhasıran Uluslararası Hukuk anlaşmaları ile ve referandum konusu (uluslararası ilişkiler bağlamında) kararlarla sınırlı olarak kabul etmektedir. Bu tablo açık şekilde ilgili anayasa hükmünün anlaşmalar dışındaki diğer hukuki tasarruflar bakımından bu hükmün uygulanmasını kabul etmediğini göstermektedir.[1] Bu durum ancak yaşayan anayasa hukukuna uygun değildir.

I. ULUSLARARASI HUKUK AKTÖRLERİNE YETKİ TRANSFERİ

1. Uluslararası Hukuk Aktörlerine Yetki Transferi ile Bağımsızlığın ve Yönlendirme Yetkisinin Kaybedilmesi

Siyasetin ve hukukun uluslararasılaştırılması 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren yoğunluk kazanmıştır.[2] Hukukun uluslararasılaştırılması farklı seviyelerde etki doğurmaktadır. Bu durum öncelikle maddi hukuk alanında görülmektedir. Ulusal Parlamentolar artan uluslararası taahhütler ve bunlara ilişkin düzenlemelerle giderek daha az şekillendirme ve iç hukukta konuyu münhasıran düzenleme olanağına sahip olmaktadır[3]. Hukukun uluslararasılaştırılması ile ulusal bağımsızlığın ve yönlendirme yetkisinin kaybının ana nedeni olarak yetkilerin uluslararası aktörlere aktarılması görülmektedir. Siyasi olarak tartışılan en önemli konu bu nedenle kimi yetkileri uluslararası

---

1 **EPINEY**, bknz.: WALDMANN "ve diğ./et.al", 2015, Rz.24.

2 **FISCHER**, bknz.: KNOEPFEL "ve diğ./et.al", 2014, 599.

3 **PETRIG**, 2015, s.507.

aktörlere aktaran hukuki tasarruflardır.[4] Örneğin, AB Adalet Divanı'nın yapılan sektörel anlaşmaların yorumunda nihai sözü söyleme yetkisinin olup olmadığı tartışmaları Uluslararası Hukuka nazaran İsviçre anayasasına öncelik verilmesi konusunu gündeme getirmiş ve tartışma halk oylamasına yol açmıştır; ancak konu İsviçre Halk Partisi tarafından İsviçre hukukunun Uluslararası Hukuka nazaran önceliği başlığı ile değil, "yabancı yargıç yerine İsviçre hukuku" başlığı ile gündeme getirilmiştir.[5] 2016 yazında Federal Meclis katılma müzakerelerinin başlatılması için 1992'de AET'ye yapılan başvurunun geri alınmasını karara bağlamıştır.[6]

2. Parlamentonun Demokratik Katılımı - Yetki Devrinin Uluslararası Anlaşmalarla Yapılması Koşulu ile Kabulü

Uluslararası aktörlere egemenlik devrinden kaçınmanın ana nedeni ulusal şekillendirme, karar alma serbestisinin, demokratik meşruiyetin kaybedilmesi, ortadan kalkması riskidir. Bu bağlamda ne tür bir hukuki tasarrufun uluslararası aktörlere yetki devrine esas alınacağı önem taşımaktadır. İsviçre anayasasının ilgili hükmünün lâfzı Parlamentonun demokratik katılımının ve kontrolünün sadece uluslararası anlaşmalar bakımından kabul edildiğini göstermektedir. Doktrinin de aynı yaklaşımı benimsediği görülmektedir. Uluslararası anlaşmalar dışında uluslararası ilişkilere ilişkin başka hukuki tasarruflar bakımından Parlamentonun demokratik katılımının mümkün olup olmadığı konusunda ne uygulamada, ne de doktrinde şimdiye dek yeterli bir değerlendirme yapılmıştır. Şayet gerçekten Parlamentonun uygun bulma yetkisi uluslararası anlaşmalarla ve uluslararası ilişkilere ilişkin referanduma tabî kararlarla sınırlı ise parlamentonun demokratik katılımını sağlayan bu iki araç dışında başka bir hukuki tasarrufla uluslararası aktörlere yetki devrinin mümkün olmaması gerekmektedir. Oysa görünen tabloda uluslararası aktörlere farklı hukuki tasarruflarla yetki devri gerçekleştirildiği açıktır.

3. Uluslararası Hukuk Anlaşmalarının Önemini Kaybetmesi ve Farklı Enstrümanların Kullanılması

Uluslararası Hukuk anlaşmalarının uluslararası aktörlere yetki devrinde artan bir şekilde önemini kaybetmesi, uluslararası anlaşmalar yerine başka

---

4 **NETTESHEIM**, bknz.: von BOGDANDY "ve diğ./et.al, s.390; Cédric **CHAPUIS**, 1993, s.73.

5 bknz.: BBl 2015, 1965.

6 **GEMPERLI**, 2016.

hukuki enstrümanların kullanılması (uluslararası ilişkilerin düzenlenmesinde Uluslararası Adalet Divanı statüsünün 38. maddesinde öngörülen kaynakların ötesine giden hukuki tasarruflar) öteden beri söz konusudur.[7] Bu durum Uluslararası Hukukun gelişmesinde görülen yeni gelişmelere, eğilimlere bağlı olarak açıklanmaktadır. Bu gelişme Uluslararası Hukukun birçok yönü itibariyle horizontal (yatay) yapısından sapmasına yol açmıştır.[8] Uluslararası Hukukta horizontal yapıdan vertikal (dikey) yapıya geçiş Uluslararası Hukuk anlaşmaları için karakteristik olan eşit haklara sahip anlaşma taraflarının iradelerinin uzlaşması gerekliliği prensibinden sapılması anlamını taşımaktadır.[9]

Dinamik karakterli Uluslararası Hukuk anlaşmaları kurumsal yapıda yer alan bir organa anlaşmayı değiştirme yetkisi verilebilmektedir. Bu unilateral tasarruf yetkisi vertikal (dikey) karakter taşımaktadır. Alınan karar, karara karşı olan devleti de onun karşı oyuna rağmen bağlamaktadır. Örneğin uluslararası mülteciler teşkilatı tüzüğü (IOM), Konsey tarafından 2/3 çoğunlukla alınan tüzük değişikliği kararının üye devletlerin 2/3'si tarafından onaylanması durumunda tüm anlaşma tarafı devletler bakımından bağlayıcı olacağını öngörmektedir. IOM Konseyi böyle bir tüzük değişikliği ile yetkilerini genişletmiştir.[10] Bu durum Uluslararası Hukukta Uluslararası Hukuk aktörlerinin yetkilerinin uluslararası örgüt organları tarafından alınan kararlarla tesis edilebileceğini, genişletilebileceğini göstermektedir. Bir diğer gelişme olarak Uluslararası Hukuk aktörlerinin özelleşmesi de ulusal hukuk karakterli tüzel kişilerin uluslararası yarar için görevler üstlenmesine yol açmıştır.[11] Ulusal hukuka göre liberal bir yaklaşımla kurulan vakıflar ve dernekler günümüzde uluslararası önem taşıyan değişik konularda faaliyet göstermektedir [örneğin kimi hastalıklarla, AİDS, sıtma, tüberkülozla mücadele için çalışan Global Fon, Mali İstikrar Konseyi (İsviçre Derneği)]. Bu tür Uluslararası Hukuk aktörleri Uluslararası Hukuk anlaşmaları ile değil, özel hukuk tasarrufları ile ortaya çıkmaktadır. Uluslararası Hukuk aktörlerinin özelleşmesi, kimi ulusal yetkilerin uluslararası aktörlere yetki aktarımında hukuki tasarrufların değişime uğramasının önemli bir nedenini oluşturmaktadır. Uluslararası Hukukun Avrupalılaşması ise kendi kurumsal yapısına sahip

---

7 bknz.: **TIETJE(a)**, 2003, s.27.

8 **PETERS(a)**, bknz.: BEKKER "ve diğ/et.al", 2010, 155 vd.

9 **PETERS(b)**, 2016, s.5 vd., Rz.7-8, s.271, Rz.2.

10 21.06.2013 tarihli karar için bknz: AS 2014, 737.

11 **PETERS(c)**, bknz.: MASTRONARDI "ve dig/et.al", 2006, s.144 vd.

olan AB'nin Avrupa entegrasyonunun yoğunluk kazanması sonucu Uluslararası Hukuk aktörleri üzerindeki etkisini somutlaştırmaktadır.[12]

Son olarak devletlerin günümüzde informel aktör, prosedür ve tasarruf tercihlerinin de Uluslararası Hukuk anlaşmalarının uluslararası seviyeye yetki aktarımında araç olma bakımından önemini yitirmesine yol açtığının gözardı edilmemesi gerekmektedir.[13] Kural dışılık olarak nitelendirilen bu eğilim anlaşma ile kurulan uluslararası örgütlerin veya anlaşma organlarının yerine informel aktörlerin yerine geçmesi sonucunu doğurmaktadır. Kural dışı ortaya çıkan bu aktörler yetkilerini şekli hukuki tasarruflar üzerinden kazanmamaktadır. Bankaları denetleyen Basel Komitesi örneğin mali piyasa denetimi alanında standartlar oluşturma bağlamında şekli hukuki tasarruflarla yetkili kılınmamaktadır.[14] Uluslararası Hukukun ortaya konulan gelişim özelliği, uluslararası aktörlere yetki transferinin öncelikle Uluslararası Hukuk anlaşmaları ile değil, farklı hukuki tasarruflarla - şeklî yahut informel, Uluslararası Hukuk karakterli ve ulusal hukuk karakterli (özel yahut kamu hukuku karakterli) - gerçekleştiğini göstermektedir.

II. ULUSLARARASI HUKUK ANLAŞMALARININ İSVİÇRE ÖRNEĞİNDE AKDİ

1. Uluslararası Anlaşmalara İlişkin Ulusal Hukuk Düzenlemesi

Federal anayasanın 184. madde, 1. fıkrasına göre Federal Konsey (federal seviyede yürütme organı) Federal meclisin (federal seviyede parlamentonun her iki kanadı) katılım hakkı korunarak dış ilişkileri yürütme ve İsviçre'yi uluslararası ilişkilerde temsil etme yetkisine sahiptir. Bu yetki uluslararası anlaşmaları müzakere etmeyi ve kabul etmeyi kapsamaktadır.[15] Anayasanın 184. madde, 2. fıkrası bunun ötesinde açık şekilde Federal Konsey'in *(Bundesrat)* uluslararası anlaşmaları imzalama ve onaylama yetkisini kabul etmiştir. Uluslararası anlaşmaların uygun bulunması anayasanın 166. madde, 2. fıkrasına göre Federal Meclise *(Bundesversammlung)* ait bir yetki olarak kabul edilmiştir. Federal Meclis tarafından federal bir kanunla uygun bulunmaksızın icra organının bağımsız olarak anlaşma yapma yetkisi bulun-

---

12 **FRENZ**, 2012, s.120.

13 **PAUWELYN** "ve dig/et.al", 2012, s.1-10); **THÜRER**, 1985, s.429.

14 Basel Komitesi'nin 2013 Temmuz tarihli statüsü için bknz.: www.bis.org.

15 **SCHWENDIMANN** "ve dig/et.al" bknz.: EHRENZELLER "ve dig/et.al, 2014, s.2947.

mamaktadır.[16] Federal Meclis anlaşmayı kabul eder yahut reddeder. Ancak herhangi bir değişiklik yapamaz. Federal Meclis Uluslararası Hukuk anlaşmasını uygun bulmakla icra organının söz konusu uluslararası anlaşmayı yapma yetkisini karara bağlamaktadır.

Federal Meclis Uluslararası Hukuk anlaşmasının uygunluğunu inceleme çalışmaları bağlamında zorunlu yahut ihtiyari referandum koşullarının mevcudiyetini değerlendirir. Federal Meclis hukuken bu kararı verme konusunda yetkili olmakla beraber, Federal Konseyin Parlamentoya uygun bulunacak anlaşmanın içeriği ve referandum yükümlülüğü ile ilgili olarak yaptığı bilgi aktarımı fiilen büyük öneme sahiptir. Federal Meclis Uluslararası Hukuk anlaşmaları için uygun bulma kararını prensip olarak basit bir federal karar olarak verir. Referandum gerektiren anlaşmalar için ise kararını federal kanun şeklinde verir. Uluslararası ilişkilere ilişkin zorunlu referandumu öngören anayasanın 140. madde, 1. fıkrası, b-bendine göre kollektif güvenlikle ilgili örgütlere veya supranasyonel örgütlere katılım halk oylaması yapılmasını gerektirmektedir (gerek federal, gerekse kantonlar seviyesinde). Zorunlu referandum, referandumun bir talep yapılmaksızın yapılması anlamını taşımaktadır.[17] Referandum konusunun kabulü gerek federal, gerekse kantonlar seviyesinde çoğunluğu gerektirmektedir. Böyle bir referandum şimdiye dek sadece bir kez 1986'da İsviçre'nin BM'e katılımı nedeniyle, BM'in kollektif güvenlik örgütü olması nedeniyle uygulanmıştır.[18] Federal seviyede ve Kantonlar seviyesinde yapılan referandumda İsviçre'nin BM'e girmesi kabul edilmemiştir. İsviçre BM'e 2002'de halk inisiyatifi sonucu girmiştir. Referandum bu istisnai zorunlu uygulama örneği dışında prensip olarak ihtiyari uygulanmaktadır. İhtiyari referandum re'sen değil, oy hakkına sahip 50.000 yurttaşın veya 8 kantonun talebi üzerine icra edilmekte ve çoğunlukla kabul edilmektedir. Anayasanın 141. madde, 1. fıkrası, d-bendi Uluslararası Hukuk anlaşmaları ile bağlantılı olarak sürekli karakterli, çekilme olanağı bulunmayan uluslararası örgütlere katılmayı öngören yahut iç hukukta uygulanması federal bir kanunun ihdasını gerektiren hükümler içeren Uluslararası Hukuk anlaşmaları için ihtiyari olarak referandum yapılmasını kabul etmiştir. Uluslararası ilişkilere ilişkin ihtiyari referandum anayasanın 141. madde, 1. fıkrası, b-bendinin lâfzına karşın her iki Konseyin de [*Federal ve Kantonal Konseyin (Räte)*] uygun bulma kararını gerektirmektedir.

---

16 **GRAF/TOPHINKE**, bknz.: GRAF "ve dig/et.al", 2014, s.199 vd..

17 **BIAGGINI,** 2007, s.644.

18 **EHRENZELLER** "ve dig/et.al", EHRENZELLER "ve dig/et.al", 2014, s.2509.

2. Federal Anayasada Yer Alan Uluslararası Hukuk Anlaşması Kavramı

Anayasada yer alan Uluslararası Hukuk anlaşmaları kavramının Uluslararası Hukuktan bağımsız bir şekilde anlaşılmasının mümkün olmaması nedeniyle Uluslararası Hukuk anlaşmalarının iki yahut daha ziyada Uluslararası Hukuk süjeleri arasında Uluslararası Hukuka ilişkin konularda yapılan anlaşma olarak anlaşılması gerekmektedir.[19]

III. YETKİ TRANSFERİ VE DIŞ İŞLERİ ALANINDA PARLAMENTONUN DEMOKRATİK KATILIM HAKKI

Uluslararası Hukuk anlaşmaları çok uzun bir süre ulusal yetkilerin uluslararası seviyeye transferi bakımından en önemli araç olarak kullanılmıştır. İsviçre'nin kimi yetkiler kullanması söz konusu olan uluslararası bir örgüt kurucu anlaşmasına katılması anayasanın 141. madde, 1. fıkra, d-bendi muvacehesinde ihtiyari referanduma tabidir. Bu referandum hükmünün uygulanması bağlamında İsviçre'nin Uluslararası Ceza Mahkemesi statüsüne katılması yeni bir örnek olarak verilebilir.[20] Günümüzde anayasanın 141. madde, 1. fıkra, d-bendi hükümlerinin ağırlıklı olarak Uluslararası Hukuk aktörlerine yetki transferinin demokratik meşruiyetini sağlama amaçlı uygulandığı görülmektedir. Söz konusu hüküm uygulanması iç hukukta federal bir kanunun ihdasını gerektiren hükümler içeren Uluslararası Hukuk anlaşmaları için ihtiyari referandum öngörmektedir. Uluslararası örgütün anayasanın 141. madde, 1. fıkra, d-bendi kapsamında nitelendirilmediği durumlar yahut örgütün bu niteliğinin bilinerek dikkate alınmadığı durumlar istisna olmak üzere Federal mercilerin bu hükmü dikkate alması gerekmektedir.[21]

Anayasanın 141. madde, 1. fıkra, d-bendine göre sürekli nitelikli ve fesih olanağı olmayan Uluslararası Hukuk anlaşmaları için de ihtiyari referandumun kabul edildiği görülmektedir. Uluslararası aktörlere istisnai olarak bu hükme istinat eden referandumla yetki transferi yapılmaktadır [Ren nehri gemi trafiği düzenlemelerini Merkezi *(Zentral)* Komisyonun yetkilerini ge-

---

19 **PETERS(b)**, 2016, s.5 vd.

20 (bknz. BBl. 2001, 391, 484 vd.).

21 örneğin AB ajansları, İsviçre'nin Avrupa uçuş güvenliği ajansına (EASA) 25.5.2005 tarihli katılımı için bknz.: BBl. 2005, 3857, 3881. Bu bağlamda yakın tarihli örnek olarak Federal Konseyin 2011-1989 tarihli çocuk hakları anlaşmasına ek 11.12.2005 tarihli BM Çocuk Hakları Komitesine bireysel başvuru yetkisi veren ihtiyari protokolün uygun bulunması bağlamında ve anayasanın 141. madde, 1. fıkra, d-bendi muvacehesinde referandum yapılmasını Parlamento'dan talep etmesi verilebilir (bknz.: BBl. 2016, 217, 243).

nişleterek revize eden ek protokollerin bu hükme istinaden referanduma tabî kılınıp Parlamento tarafından uygun bulunulması bu bağlamda bir örnek teşkil etmektedir.[22] Verilen örneklerin gösterdiği gibi yetki transferinin günümüzde de ağırlıklı olarak uluslararası anlaşmalarla yapıldığı görülmektedir. Bu şekilde anayasanın 166. madde, 2. fıkrasının, dolayısıyla 141. madde, 1. fıkra, d-bendinin gereği tereddütsüz yerine getirilmiş olmaktadır.

1. Yetki Transferinin Diğer Uluslararası Hukuk Tasarrufları ile Gerçekleştirilmesi

Yetki transferinin Uluslararası Hukuk anlaşmaları dışında başka Uluslararası Hukuk araçları ile gerçekleştirilmesi örnekleri bununla beraber artmaktadır; diğer bir ifade ile özel hukuk anlaşmaları ve hybrid anlaşmalar, uluslararası organların kararları ve tek taraflı hukuki tasarruflar analojik olarak uluslararası anlaşmalarla ilgili anayasanın 166. madde, 2. fıkra ve 141. madde, 1. fıkra, d-bendi esas alınarak işlem görmektedir.

A. Özel Hukuk Karakterli Anlaşmalar ve Hybrid Karakterli Anlaşmalar

Yetki transferinin Uluslararası Hukuk anlaşmaları ile yapılmaması bağlamında karşımıza çıkan anlaşmalar, Uluslararası Hukuk tarafından düzenlenen anlaşmaların dışında kalan ve tarafları ulusları hukuk sujeleri olmayan anlaşmaları ifade etmektedir. Bu anlaşmalar anayasanın 166. madde, 2. fıkra dolayısıyla 141. madde, 1. fıkra, d-bendinin lâfzı dışında kalan anlaşmalardır. Bu anlaşmalar ortak işletmeler kurmak amacıyla akdedilmektedir. İşletmelerin sınır aşan işbirliğine matuf olarak kurulan bu entitelerin fark yaratan özelliği bunlara sadece devletlerin değil, devletlerin alt birimlerinin ve özel kişilerin de üye olabilmesidir. Dayanak olarak Uluslararası Hukuk anlaşmalarının esas alınması zorunluluğu bulunmadığı için bu entitelerin farklı hukuki tasarruflarla, örneğin ulusal hukuka, Uluslararası Hukuka, hybrid, diğer bir ifade ile kısmen ulusal hukuk, kısmen Uluslararası Hukuka istinaden kurulması mümkündür.[23]

İsviçre'nin Avrupa Araştırma Merkezine (European XFEL) katılımı münhasıran bir Uluslararası Hukuk anlaşmasına istinat etmemektedir. Avrupa Araştırma Merkezi'nin kuruluşu üç dokümana istinat etmektedir. Bunlar

---

[22] 6.2.1980 tarihli protokoller için bknz.: BBl (1980, 1341, 1352, 1355).

[23] **EPPING**, bknz.: IPSEN, 2014, s.385.

klâsik Uluslararası Hukuk anlaşması,[24] XFEL anlaşmasına ek olarak yapılan Alman hukukuna istinat eden Şirket Sözleşmesi ve uluslararası hak ve yükümlülük tesis etmeyen önemli müzakere adımlarını özetleyen ve imza sirkülerini içeren XFEL Nihai Dokümanıdır.[25] Bu üç dokümanın birbirleriyle ilişkisi farklı değerlendirmelere konu olmaktadır. Avrupa Araştırma Merkezi anlaşmasının lâfzı Şirket Sözleşmesinin Avrupa Araştırma Merkezi anlaşmasının ayrılmaz parçası olduğuna işaret etmektedir.[26] Anlaşma hükmünün esas alınması ile anayasanın 166. madde, 2. fıkrası, dolayısı ile anayasanın 141. madde, 1. fıkrası, d-bendi muvacehesinde hareket edilmesi mümkündür. Aynı şekilde bu çerçevede Şirket Sözleşmesinin Alman özel hukukuna istinat ederken Avrupa Araştırma Merkezi anlaşmasının ana bölümünün Uluslararası Hukuka istinat etmesi nedeniyle bir hybrid anlaşmadan hareket edilmesi mümkündür. Diğer bir farklı bakış açısı ile üç dokümanın ayrı ayrı mütalâa edilmesi mümkündür. Federal Konsey, Alman özel hukukuna tabî olan Avrupa Araştırma Merkezi-Şirket Sözleşmesini kendine özgü mütalâa etmekle beraber Federal Meclise uygun bulması için arzetmiştir. Federal Meclis her üç dokümanın da ihtiyari referandumuna karar vermiştir.[27]

Federal merciler bu şekilde Uluslararası Hukuk anlaşmaları için anayasada öngörülen demokratik katılım düzenlemelerini Alman özel hukukuna istinat eden bir anlaşma için de uygulamıştır. Bu yöntemin uygulanmasına Uluslararası Hukuka istinat eden, bu nedenle Federal Meclis tarafından uygun bulunması gereken bir diğer anlaşmanın mevcudiyeti gerekçe gösterilmiştir. Diğer bir ifade ile ulusal hukuka istinat eden Şirket Sözleşmesinin Uluslararası Hukuk anlaşmasının parçası olduğu ve bu nedenle uluslararası anlaşmaların akdine ilişkin İsviçre anayasa hükümlerinin Alman hukukuna istinat eden anlaşmaya uygulandığı ifade edilmiştir. Ancak özel hukuka istinat eden anlaşmalara Uluslararası Hukuk anlaşmalarının akdine ilişkin ulusal düzenlemelere göre geçerlilik sağlanması tartışma konusu oluşturmuştur.

24.11.2011'de İsviçre Mesleki Eğitim ve Teknoloji Bakanlığı İsviçre hükümeti adına "Ambient Assisted Living (AAL) International Association" ile bir anlaşma yapmıştır (aynı anlaşma ile İsviçre kuruluşun üyesi olmuştur). İsviçre'nin anlaşma partneri "Association Internationale Sans But Luc-

---

[24] 30.11.2009 tarihli XFEL anlaşması.

[25] Viyana Anlaşma Hukuku Sözleşmesinin 10. madde, b-bendi anlamında.

[26] anlaşmanın 17. md., 2. fık.

[27] bknz.: BBl. 2010, 3031.

ratif"in Belçika hukukuna göre kurulan bir tüzel kişidir. Söz konusu dernek yaşlı insanların desteklenmesine matuf olarak kurulmuştur. Anlaşma taraflarının hepsinin Uluslararası Hukuk süjesi olmaması ve anlaşmanın Uluslararası Hukuk tarafından düzenlenmemesi nedenleri ışığında bu bağlamda bir Uluslararası Hukuk anlaşmasından söz edilmesi mümkün değildir. Bununla beraber hükümet bu anlaşmayı Uluslararası Hukuk anlaşması gibi değerlendirmiştir. Anlaşma araştırmanın ve yaratıcılığın teşvikine ilişkin federal kanunun 16. maddesine istinaden akdedilmiştir. Söz konusu yetki normu araştırma ve yaratıcılık alanlarında uluslararası akademik işbirliği için hükümeti Uluslararası Hukuk anlaşmaları yapma konusunda yetkilendirmiş ve hangi konuların bu anlaşma yapma yetkisinin kapsamında olduğunu belirlemiştir.[28]

Federal mercilerin Uluslararası Hukuk anlaşmalarının akdine ilişkin ulusal hukuk düzenlemelerini ulusal hukuk karakterli (özel hukuk) hybrid anlaşmalar için de uyguladığı görülmektedir. Uluslararası Hukuk doktrinine göre bu anlaşmalar bir devlet ve birey arasında yabancılar hukuku esas alınarak yapılan anlaşmalardır. Klâsik olarak bu anlaşmalar yatırım, ticaret yahut kredi anlaşmalarıdır.[29] Federal Merciler bu anlaşmalar için de anolojik olarak uluslararası anlaşmalara ilişkin iç hukuk düzenlemelerinin uygulanmasını kabul etmiştir. İsviçre'nin Internet Corporation for Assigned Names (ICANN) ile yaptığı anlaşma, ICANN'ın Uluslararası Hukuk süjesi olmaması nedeni ile bir Uluslararası Hukuk sözleşmesi değildir. Bunun ötesinde İsviçre'nin ICANN üzerinde yapılan anlaşmanın İsviçre kamu hukukuna istinat eden bir anlaşma olmaması nedeni ile herhangi bir egemenlik yetkisi kullanması da mümkün değildir. Bu anlaşma diğer taraftan İsviçre'nin bu anlaşmanın akdi ile kamu görevi yerine getirmesi nedeni ile bir uluslararası özel hukuk anlaşması da değildir.

Bir devlet ve birey arasında yabancılar hukukuna istinaden yapılan zikredilen anlaşma kategorilerine girmeyen anlaşmalar "state contracts" olarak nitelendirilmektedir. Anlaşma tarafları anlaşmayı anlaşma özgürlüğü muvacehesinde Uluslararası Hukuka veya serbestçe seçtikleri bir ulusal hukuka tabî kılabilirler. İsviçre uygulamasında state contracts akdinde analojik olarak Uluslararası Hukuk anlaşmalarının akdi bağlamındaki organ yetkileri esas

---

[28] anlaşma hükümetin RVOG madde 48a, fıkra 2 muvacehesinde Federal Meclise arzetmek durumunda olduğu 2010'da onun tarafından akdedilen anlaşmalarla ilgili raporunda yer almıştır (18.05.2011 tarihli rapor için bknz.: BBl. 2011, 4983, 5383).

[29] **MARBOE/REINISCH**, bknz.: WOLFRUM, 2009, s.9-27.

alınmaktadır. State contracts akdinde aynı içerikli bir Uluslararası Hukuk anlaşmasında hangi organ yetkili ise o organ yetkili kabul edilmektedir.[30]

XFEI, AAL International Association ve ICANN örnekleri anlaşmalarda kamu ve özel hukuk unsurlarının çakıştığını ve anlaşma etkilerinin sınırlarda kalmayıp, sınır ötesine taştığını göstermektedir. Bu gelişme hukuki ilişkilerin düzenlenmesinde kullanılan hukuki araçlar üzerinde etkilerini göstermektedir. Uluslararası Hukuk anlaşmalarında değil, özel hukuk yahut hybrid karakterli anlaşmalarda artış görülmektedir. Örnekler bu anlaşmalar bağlamında İsviçre makamlarının Uluslararası Hukuk anlaşmalarının akdine ilişkin iç hukuk düzenlemelerinin anolojik uygulanmasını kabul ettiğini göstermektedir.

B. Uluslararası Organların Kararları

Geleneksel Uluslararası Hukukta statik Uluslararası Hukuk anlaşmaları uzun bir süre merkezi bir rol oynamıştır. Bu anlaşmalar yerine günümüzde örgütlerin kurumsal yapısı içinde yeralan organlarının örgüt hukuku olarak ihdas ettikleri tasarruflar yaygınlaşmaktadır. Bu organlar aldıkları kararlarla anlaşmaları değiştirme, bağımsız hukuki enstrümanlar ihdas etme yahut bunları değiştirme yetkileri kullanabilmektedir.[31] Anlaşmalarda öngörülen karar alma prosedürünün bağımsız hukuk ihdas prosedürü olarak yer alması, bu tasarrufların Uluslararası Hukuk anlaşmalarının akdi yahut değiştirilmesi prosedürüne tabî olmamasını mümkün kılmaktadır.

Alınan kararlarla hukuk ihdası prosedürü iki aşamada cereyan etmektedir. İlk aşamada yetkili uluslararası organda hukuk ihdas eden karar alınmaktadır; daha sonra kararın ulusal seviyede uygun bulunması prosedürü cereyan etmektedir. Uluslararası yetkili organın aldığı karar doğrudan bağlayıcı bir karar olduğu takdirde kararın alınması ile birlikte karar ulusal seviyede bağlayıcı etki kazanmaktadır. Alınan bu kararın ertesinde ulusal seviyede uluslararası kararın uygun bulunması için bir işlem gerekliliği bulunmamaktadır.[32] Bunun dışında uluslararası organın kararı bağlayıcı olmakla beraber bir yahut daha ziyade devletin itirazı ile itiraz eden yahut tüm anlaşma tarafları yahut tüm üye devletler bakımından bu itirazın sonuçları olan kararlar da bulunmaktadır.[33] Bu prosedür Opting Out prosedürü olarak

---

30 **HARTWIG**, bknz.: von BOGDANDY "ve dig/et.al", 2010, s.604 vd.

31 **GEIGER**, 2013, s. 91 vd.

32 **ASTON**, 2005, s.167.

33 **EHRENZELLER**, 1993, s.519.

isimlendirilmektedir.[34] Bunun dışında ulusal hukukta uygun bulunmaları ertesinde bağlayıcılık kazanan uluslararası organ kararları bulunmaktadır. "Opting in" olarak ifade edilen bu prosedür klâsik anlamda anlaşmalar hukukuna tabî olan anlaşma akdi veya değişikliği olarak mütalâa edilmektedir. Bu kararların bağlayıcı etki doğurması belli sayıda devletin uygun bulması ile mümkündür.[35] Kimi opting-in prosedürü bununla beraber belli sayıda devletin uygun bulması ile kararın tüm devletler bakımından bağlayıcılığını kabul etmektedir. Klâsik anlaşmalar hukukunda bir anlaşma yahut anlaşma değişikliği onu onaylayan devletler için bağlayıcı olurken, söz konusu edilen durumda, anlaşma değişikliği, değişikliği onaylamayan devletleri de bağlamaktadır.[36]

Uluslararası organların kararları ile uluslararası aktörlere yetki tesis edilmesi yahut tanınması da mümkündür. Bu tür bir yetki transferinin İsviçre anayasasının 166. madde, 2. fıkrası muvacehesinde parlamentonun uygun bulmasını yahut anayasanın 141. madde, 1. fıkra, d-bendi ışığında referanduma sunulmasını gerektirip gerektirmediğinin değerlendirilmesi gerekmektedir; kimi hukukçuların bunu gerekli görmediği görülmektedir.[37] Bu görüş esas alındığı takdirde uluslararası organın kararına onay verme, dolayısıyla ulusal uygun bulma prosedürüne itiraz etme yahut kabul etme yetkisi münhasıran icra organına ait olacaktır.

Uygulamaya bakıldığı zaman her üç kategoriye ait kararların (doğrudan bağlayıcı kararların alınmasını; opting-out yahut opting-in prosedürünün uygulanmasını) uygun bulunmak üzere Parlamento'ya yahut referanduma sunulduğu görülmektedir. Bu uygulama anayasanın 140. madde, 1. fıkra, b-bendi muvacehesinde zorunlu referanduma yahut anayasanın 141. madde, 1. fıkra, d-bendi ihtiyari referanduma tabî uluslararası anlaşmaların ve uluslararası örgüt kararlarının resmi gazetede yayınlanmasını öngören 01.01.2016'da yürürlüğe giren kanunun 3. maddesini yansıtmaktadır. Uluslararası organların kararları söz konusu hükümde açıkça prensip olarak referandum gerektiren Uluslararası Hukuk araçları olarak kabul edilmiştir.

---

34 **ASTON**, s.169.

35 27.09.1970 tarihli Turizm Dünya Teşkilatı Statüsü 33. md., 3. fıkrası bu tür bir hüküm öngörmektedir.

36 **TIETJE**, 2001, s.251 vd.

37 **BRUNNER**, 2014, s.89; Jörg **KÜNZLI**, 2009, s.47 vd.

Bağlayıcı etkileri uluslararası organda kabul edilmeleri ile doğan, bağlayıcı etkileri sonradan ortadan kaldırılamayan doğrudan etkili kararlar için Federal hükümetin (Federal Konsey) Parlamentoya karar tasarıları sunması kabul edilmiştir. Bu karar tasarıları tereddüt konusu olduğu takdirde referanduma tabi tutulacaktır. Bu yöntemin uygulanması uluslararası organ kararının içeriğinin kararın alınması öncesinde belli olması koşuluna bağlıdır. Uluslararası anlaşmalar için gerekli kabul edilen doğrudan demokratik katılım bu bağlamda da gerekli görülmekte, İsviçre hükümetinin İsviçre Federal meclisinin yahut halkın referandum ile reddettiği bir kararın uluslararası seviyede alınmasının önüne geçmesi hedeflenmektedir. İsviçre-AB arasında Hava Trafiği Anlaşması ile kurulan Karma Komite kimi yetkilerini AB organlarına aktaran bir karar almıştır. Karara karşı İsviçre veto hakkını kullanmıştır. Bu örnekte İsviçre Federal hükümetinin referandum talebine ilişkin karar tasarısı Federal meclis tarafından kabul edilmiş ve karar tasarısı ihtiyari referanduma sunulmuştur.[38]

Kararların bağlayıcı etkisinin İsviçre'nin kararına istinat etmediği, belli sayıda devletin uygun bulması ile kararların bağlayıcılık kazandığı diğer bazı örneklerde de İsviçre federal meclisi demokratik katılım hakkını iddia etmiştir. IOM Konseyi'nin 997 sayılı rezolüsyonu ile kendi yetkilerini genişletmesi bunun bir örneğini vermektedir. Konsey tarafından tek taraflı olarak yapılan statü değişikliği ile anlaşma tarafı devletlerin 2/3'ünün uygun bulması ile değişikliğin tüm üyeler bakımından bağlayıcı olması kabul edilmiştir.[39] Uluslararası anlaşmalarla uluslararası örgütlere yetki transferinden farklı olarak örgüt organlarının bu tür kararları devletlerin münferit yetki transferini mutlak şekilde engellemektedir. Bu durum parlamentonun demokratik katılım hakkının kaybedilmesine yol açmakta, hükümetin uluslararası seviyede böyle bir Uluslararası Hukuk yükümlülüğü altına girmeme iradesine ters düşmektedir.

C. Tek Taraflı Hukuki Tasarruflar (Bildirimler)

Federal merciler özel hukuk, hybrid anlaşmalar ve uluslararası organların kararları yanısıra tek taraflı hukuki tasarrufları da uluslararası ilişkilerde kullanılan araçlar olarak demokratik katılım hakkı bağlamında Uluslararası Hukuk anlaşmaları ile eşit mütalâa etmektedir. Devletler uluslararası aktör-

---

38 bknz.: BBl. 2010, 4363.

39 Uluslararası mülteciler teşkilatı statüsü (IOM) 14.11.2012'de, 9162 ve 9168 sayılı rezolüsyonlarla; 21.06.2013'de, 997 sayılı rezolüsyonla değiştirilmiştir.

ler lehine tek taraflı hukuki tasarruflarla da yetkiler tanıma imkânına sahiptir. Çeşitli örneklerde tek taraflı bildirimlerin bir Uluslararası Hukuk anlaşması ile bağlantılı olup olmadığı dikkate alınmaksızın Parlamentonun uygun bulma ve referandum gerekliliğini gündeme getirdiği görülmektedir.

Tek taraflı hukuki tasarruflar Uluslararası Adalet Divanı statüsünün 38. maddesinde yeralan uluslararası kaynaklar arasında yer almamaktadır. Tek taraflı bildirimlerin Uluslararası Hukuka ilişkin yükümlülükler tesis ettiği konusunda bir mutabakat bulunmaktadır. Tek taraflı hukuki tasarrufların bir devletin kamuoyuna açıklama teşkil etme, tanıma, feragat, taahhüt yahut uygun bulma iradesini açıklama özellikleri bulunmaktadır. Bu bildirim temsil yetkisi olan organ tarafından yapılmakta ve taahhüt altına girme iradesi ortaya konulmaktadır. Bunun hukuki sonucu bildirimi yapan Uluslararası Hukuk süjesinin bu taahhüdü yerine getirme mükellefiyetidir.[40] Bu çerçevedeki hukuki dayanak genel hukuk ilkesi olarak "verilen söze sadakat" ilkesidir.

Tek taraflı hukuki tasarrufların çeşitliliği nedeniyle şimdiye dek genel geçerliliğe sahip bir kategori oluşturulamamıştır.[41] Bağımsız olmayan, anlaşmalara ilişkin tek taraflı tasarruflar olduğu gibi, anlaşmalarla bağlantısı olmayan, bağımsız tek taraflı tasarruflar da bulunmaktadır. Bağımsız olmayan tek taraflı tasarruflar uluslararası teamül hukuku veya anlaşmalar hukuku ile ilişki içindedir. Anlaşmaların fesh edilmesine yahut askıya alınmasına ilişkin bildirimler bu çerçevedeki örneklerdir. Bir Uluslararası Hukuk anlaşmasında öngörülen bildirim olanağı belli bir Uluslararası Hukuk aktörünün kimi yetkilerinin tanınması sonucunu doğurabilir. Bu tür bildirimler bağımsız olmayan, anlaşmalarla bağlantılı tek taraflı hukuki tasarruflar olarak nitelendirilmektedir.[42] Anlaşmalarla bağlantılı tek taraflı hukuki tasarruflara ulusal demokratik katılım hakkı örneği olarak İsviçre hükümetinin BM Çocuk Hakları Komitesine uluslararası bildirimleri kabul ve denetleme yetkisi tanıyan bildirimi örnek gösterilebilir.

Bu denetim mekanizması taraf devletlerin Komitenin spesifik yetkilerini açık bildirimle tanımaları koşulu ile işlevini yerine getirebilmektedir. Federal hükümet bu nedenle Federal meclisten sadece ihtiyari protokolün uygun bulunmasını değil, aynı zamanda söz konusu bildirimin yapılması için yetki-

---

40 von **HEINEGG**, bknz.: IPSEN, 2014, s.493.

41 **DAHM** "ve dig/et.al", 2002, s.764.

42 **VERDROSS/ SIMMA**, 2010, s.425 vd.

lendirme ve tüm paketin referanduma sunulmasını talep etmiştir.[43] Meclise yapılan talepte uygun bulma gerekliliğinin hangi nedenle uluslararası anlaşmalarla sınırlı olmayıp, anlaşmalarla bağlantılı ve anlaşmalarla bağlantılı olmayan tek taraflı tasarrufları da kapsaması gerektiği gerekçelendirilmemiştir. Uluslararası Hukuk seviyesinde anlaşmaların uygulanması ile bağlantılı tek taraflı bildirimler için anlaşmalar hukukunun geçerli olduğu görüşü temsil edilmektedir. Bu bakış açısı ulusal hukukta anlaşmalar için öngörülen hükümlerin tek taraflı bildirimlere uygulanmasını mümkün kılmaktadır. Bununla beraber anlaşmalara ilişkin tek taraflı bildirimler Uluslararası Hukuk anlaşmalarından farklıdır. Anlaşmalarla bağlantı tek taraflı hukuki tasarruflar bakımından en fazlasından Uluslararası Hukuk anlaşmalarına ilişkin iç hukuk düzenlemeleri anolojik yöntemle geçerli kabul edilebilir. Tek taraflı hukuki tasarruflar Uluslararası Hukuk anlaşmalarından bağımsız olarak verilmeleri ile hukuki sonuçlar doğurur.[44] Federal merciler anayasanın parlamentonun uygun bulma yetkisine ve referanduma ilişkin hükümlerini analojik yöntemle gerek anlaşmalarla bağlantılı, gerekse anlaşmalarla bağlantısız tek taraflı bildirimlere uygulamaktadır.[45] Söz konusu tüzük 1261/2013 sayı ve tarihli tüzükle değiştirilmiştir. İsviçre'nin söz konusu tüzüğe katılımı bir Uluslararası Hukuk anlaşmasının onayına istinat etmemektedir. İsviçre'nin tüzüğe katılımı AB Komisyonu'na yapılan ve ERIC tüzüğünü araştırma kurumları için hukuki dayanak olarak tanıyan tek taraflı bildirimle gerçekleşmiştir.[46] Bu yöntem İsviçre'nin diğer ERIC araştırma kurumlarına katılımında da takip edilmiştir. ERIC'in hukuki çerçevesi amacına uygun olarak bir Uluslararası Hukuk anlaşmasına istinat etmektedir. Bununla beraber Federal hükümet söz konusu tek taraflı bildirimi Uluslararası Hukuk anlaşmaları ile eşit mütalâa etmiş ve uluslararası anlaşmalara ilişkin ulusal yetki düzenlemelerinin tek taraflı bildirim için de uygulanmasını kabul etmiştir. Bunun sonucu olarak Federal Hükümet Federal meclisten bu bildirimi yapmak üzere yetkilendirilme talep etmiştir. Parlamento bu kararın verilmesini ihtiyari referanduma tabi kılmıştır.[47]

---

43 bknz.: BBl. 2016, 245.

44 von **HEINEGG**, bknz.: IPSEN, 2014, s.491 vd.

45 AB Adalet Divanı'nın yargı yetkisini araştırma kurumlarına genişleten 723/2009 sayılı ve tarihli ESS-ERIC Konsey tüzüğüne İsviçre'nin katılımı için bknz.: Abl.2009L.206/1.

46 BBl.2014, 6795, 6803 ve 6808 vd.

47 BBl.2015, 2783.

Tek taraflı bildirimler bakımından anayasanın 166. madde, 2. fıkrası ve 141. madde, 1. fıkrası, d-bendi muvacehesinde per se Parlamento'nun uygun bulma ve referandum gerekliliği doktrinde genel olarak kabul görmese de, Federal merciler gerek Uluslararası Hukuk anlaşmaları ile bağlantılı, gerekse uluslararası hukuk anlaşmaları ile bağlantılı olmayan tek taraflı bildirimleri analojik yöntemle dış ilişkiler için öngörülen demokratik katılım hakkının uygulama alanında mütalâa etmektedir.[48]

D. Özel Hukuk Anlaşma Düzenlemeleri

Doğrudan demokratik katılım hakkı bağlamında Uluslararası Hukuk yükümlülüklerinin ortaya çıkışı ile bağlantılı özel hukuk düzenlemelerinin de incelenmesi gerekmektedir.[49] Bu durum Dublin ve Schengen Ortaklık Anlaşmalarında öngörüldüğü üzere AB tasarruflarının İsviçre tarafından üstlenilmesi prosedüründe karşımıza çıkmaktadır. Dublin müktesebatının marjinal olarak Schengen müktesebatının geliştirilmiş şekli olması nedeniyle bu bağlamda Schengen müktesebatı önem taşımaktadır.[50] Schengen Ortaklık Anlaşmasına göre İsviçre sadece anlaşmanın akdi esnasında geçerli AB hukukunu üstlenme mükellefiyetini değil, gelecekte bu konuda yapılacak hukuki tasarrufları da üstlenme mükellefiyetini kabul etmiştir. Bu tasarruflar istisnai olmayan bir şekilde İsviçre'nin AB organlarının yetkilerini tanıması yükümlülüğü getirmektedir. Bu mükellefiyet İsviçre'nin Frontex'e katılma ve AB Adalet Divanı'nın belli alanlarda yargı yetkisini derhal tanıma mükellefiyetini de beraberinde getirmiştir. Yeni AB düzenlemelerinin üstlenilmesine ilişkin prosedür diğer üçüncü devletlerin (Norveç ve İzlanda) AB müktesebatını üstlenme prosedürüne uygun değerlendirilse de, bu prosedürün İsviçre'de söz konusu olan doğrudan demokratik katılım hakkına uygun düzenlenmesi gerekliliği bulunmaktadır. Schengen Ortaklık Anlaşmasının 7. maddesinin 2 aşamalı müktesebatı üstlenme prosedürü bu gerekliliği ortaya koymaktadır. Bu prosedüre göre AB'nin İsviçre'ye Schengen müktesebatına ilişkin yeni hukuki tasarrufu derhal bildirmesi gerekmektedir. İsviçre, bu tasarrufun içeriğini kabul edip etmediğini ve ulusal hukukta düzenlenme olasılığını karara bağlayacaktır. İsviçre AB'ye kararını AB tasarrufunun ihdasında itibaren 30 gün içinde bildirecektir. Bu şekilde AB müktesebatını

---

48 **BINDSCHEDLER**, bknz.: BUCHER "ve dig/et.al", 1979, s.37 vd.

49 **GRUBER**, bknz.: EPINEY/GAMMENTHALER, 2010, s.494.

50 bknz.: www.admin.ch>(folge "8.Schengen"> "8.4. weiterentwicklungen des Schengen-Besitzstands".

üstlenme prosedürü sona ermektedir; İsviçre'nin AB tasarrufunun ulusal uygun bulma prosedürü ertesinde yürürlüğe gireceği konusunda açık bir çekince yapması dışında AB tasarrufu İsviçre'de derhal yürürlüğe girmektedir. İsviçre'nin çekince bildirimi halinde 2 yıllık bir süresi bulunmaktadır.[51]

Federal hükümet AB müktesebatının üstlenilmesini uluslararası anlaşma akdi olarak mütalâa etmektedir.[52] AB, Schengen Ortaklık Anlaşmasının 7. maddesine ilişkin İsviçre'nin bu yorumunu müzakerelerde onaylamakla beraber, kendisi söz konusu tasarrufların yürürlüğe girmesi bağlamında AB hukukunda anlaşmaların akdi için öngörülen prosedürü uygulamamaktadır. İsviçre literatüründe temsil edilen görüşe göre iç hukuktaki mevcut yetki taksimi muvacehesinde Schengen müktesebatına ilişkin AB hukuku anayasa değişikliği olmaksızın, ancak Uluslararası Hukuk anlaşmalarının akdine ilişkin prosedür üzerinden üstlenilebilir.[53] Federal mercilere göre Schengen Anlaşmasıyla bağlantılı tek taraflı bildirimler anayasanın 166. madde, 2. fıkrası ve 141. madde, 1. fıkra, 4-bendi muvacehesinde analojik olarak Uluslararası Hukuk anlaşmaları olarak geçerlilik kazanabilir.

2. Demokratik Katılım Normunun Kapsamına Girmeyen Yetki Transferi - Hukuk Politikası Boşluğu

Önceki bölümde Federal mercilerin uluslararası aktörlere yetki transferi yapan farklı hukuki tasarrufları Uluslararası Hukuk anlaşmaları ile eşit muamele etmesinin sonucu olarak bu tasarrufların anayasanın 166. madde, 2. fıkrası ve 141. madde, 1. fıkra, d-bendinin uygulama alanında mütalâa edilmesi inceleme konusu yapıldı. Bu bölümde ise kuruluşlarına anayasanın ilgili hükümleri muvacehesinde demokratik meşruiyet sağlanmayan, diğer bir ifade ile ulusal özel hukuka göre kurulan aktörlere ve informel aktörlere yetki devri konusu ele alınacaktır.

A. Uluslararası Soft-Law ve Ulusal Özel Hukuk Tasarrufları

İlk olarak özel hukuk kapsamında yer alan aktörlere baktığımız zaman bunların kuruluş sürecinin iki aşamalı gerçekleştiği görülmektedir. İlk aşamada bu kuruluşların tesisi uluslararası seviyede gayri-resmi ve resmi top-

---

51 **GRUBER**, bknz.: EPINEY/GAMMENTHALER, 2010, s.491.

52 İsviçre ve AB arasında yapılan iki taraflı anlaşmanın uygun bulunmasına ilişkin olarak bknz.: BBl.2004, 5965.

53 **GRUBER**, bknz.: EPINEY/GAMMENTHALER, 2010, s.495.

lantılarda ele alınmaktadır. Bu toplantılarda bu kuruluşların tesislerinin gerekliliğini, kuruluşun resmiyetini güçlendiren ve kurumsal şekillendirilmesini yapan, finansmanını düzenleyen soft-law dokümanlar kabul edilmektedir. İkinci aşamada ise Uluslararası Hukuk zemini terk edilmekte ve aktör ulusal hukuk düzeni esas alınarak kuruluş tesis edilmektedir.

Bu model Dünya Anti-Doping Ajansı'nın (WADA), AİDS, tüberküloz ve maleryaya karşı mücadele amaçlı küresel fonun kuruluşunda esas olmuştur.[54] Her üç aktörün kuruluşunda kurucular bilinçli olarak tereddütsüz şekilde uluslararası örgüte katılım bağlamında referandumu gündeme getirecek bir uluslararası örgüt kurmaktan kaçınmıştır. İsviçre özel hukukuna göre kurulan tüzel kişilerin demokratik meşruiyetlerinin doğrudan teminine kural olarak gerek bulunmamaktadır. Bu tür kuruluşların tesisinde karşımıza çıkan soft-law dokümanlar için hukuken bağlayıcı olmayan nitelikleri nedeniyle parlamentonun uygun bulması yahut dış ilişkiler alanına ilişkin konularda söz konusu olan referandum gerekli görülmemektedir.[55] Kuruluşa esas kurucu belgenin istinat ettiği özel hukukta demokratik meşruiyet tali bir öneme sahiptir.

Uluslararası aktör İsviçre Derneği olarak kurulduğu takdirde demokratik katılım üyeliğin kazanılması şekline göre (üyeliğin mevcut bir derneğe katılım veya derneğin kuruluşuna katılma ile kazanılmasına göre) farklılık göstermektedir. İlk örnekte üyelik kazanılması dernek ve üye olacak devlet arasında yapılan özel hukuka istinat eden (katılma anlaşması) bir anlaşma ile gerçekleşmektedir.[56] Federal merciler özel hukuk anlaşmalarını etkileri itibariyle uluslararası anlaşmalarla eşit muamele etmektedir.[57] Bu bağlamda anayasanın 166. madde, 2. fıkra ve 141. madde, 1. fıkra, d-bendi uygulama bulurken, dernek kuruluşuna katılma ve statülerinin kabulü bağlamında üyelik kazanımı söz konusu olsa da, Uluslararası Hukuk anlaşmaları ile analojik bağ kurulmadığı görülmektedir.

Doğrudan demokratik meşruiyet burada -vakıf olarak kurulan Uluslararası Hukuk aktörleri için olduğu gibi- dolaylı şekilde temin edilmektedir. İsviçre sadece kanunda yer alan şeklî yetkilendirmeye istinat ederek, diğer bir ifade

---

[54] her iki vakıf da İsviçre Medeni Kanunu'nun 80. maddesine göre kurulmuştur. Anti-Doping Agency için bknz.: www.wada-ama.org>, (erişim tarihi 08.06.2020); the Global Fund to Fight AİDS, Tuberculosis & Malaria için bknz.: <www.theglobalfund.org; Association of the Financial Stability Board için bknz.: <www.fsb.org (erişim tarihi 06.08.2020).

[55] **NAEF**, 2015, s.1109.

[56] **RIEMER**, 2012, s.115.

[57] **EPPING**, bknz.: IPSEN, 2014, s.385.

ile iç işlerine ilişkin spesifik bir referandum kanununa istinaden özel hukuk tüzel kişisi bir örgüte üye olabilir. Kanuni dayanaklar prensip olarak oldukça genel tutulmakta, belli alanlarda özel hukuk tüzel kişilerinin kurulması konusunda yetkilendirme yapılmakta ve spesifik bir aktör esas alınmaktadır.[58] Parlamento bunun dışında finansman gücü nedeniyle muayyen bir vakfın veya muayyen bir derneğin üyelik katkılarını karara bağlayabilir. Bu şekilde özel hukuk tüzel kişisi örgütün kuruluşunda olmamakla beraber işleyişinde dolaylı şekilde etki yapma olanağını kullanabilir. Bunun dışında özel hukuka istinat eden uluslararası aktörlerin yetkilerinin bir Uluslararası Hukuk anlaşmasında öngörülmesi mümkündür. Böyle bir Uluslararası Hukuk anlaşmasını kural olarak Parlamentonun uygun bulması ve anlaşmanın duruma göre referanduma tabî olması özel hukuka istinat eden aktörlerin misyonları için gerekli yetkiler bakımından dolaylı olarak onların yararına sonuçlar doğurmaktadır. Örneğin Federal meclis tarafından uygun bulunan Sporda Doping Yasağı Anlaşması birçok düzenlemesinde WADA'nın faaliyetlerine atıf yapmış ve onun uluslararası kamu oyundaki misyonunu teyit etmiştir.[59] Uluslararası Hukuk aktörü olarak faaliyet yapan özel hukuk tüzel kişileri sadece istisnai olarak Uluslararası Hukukun analojik uygulanması ile kurulmaktadır. Bu durum öncelikle İsviçre'nin mevcut bir derneğe üye olması durumunda söz konusudur. Parlamentonun yahut halkın bu bağlamda referandum üzerinden demokratik katılımı, söz konusu aktörü doğrudan ilgilendiren konularda değil, yetkilerini dolaylı etkileyecek konularda ortaya çıkmaktadır.

B. Resmi Hukuki Tasarrufa İstinat Etmeyen Yetki Transferi

Uluslararası soft-law ve ulusal özel hukuka istinat eden Uluslararası Hukuk aktörleri olduğu gibi, resmi hukuki tasarruflar ile kurulmayan, ancak devletlerin belli yetkiler devrettikleri Uluslararası Hukuk aktörleri de bulunmaktadır. Gayri resmi aktörler "explicity shared expectation about purpose"e istinat eden katılımcı devletlerin düzenli bir araya gelmeleri şeklinde somutlaşmaktadır.[60] Uluslararası aktörün ortaya çıkışına esas olan bu prosesin ulusal mercilerin yatay kooperasyonu ile mi, yoksa katılımcı devletlerden ayrı, kendi yetkileri olan bir entitenin inisiyatifi ile mi işletildiği tam saptanamamaktadır.

---

[58] örneğin sporun teşvikine ilişkin 17.06.2011 tarihli Federal kanunun 27. maddesi (SR 415.0); meteoroloji ve iklime ilişkin 18.06.1999 tarihli federal kanunun 5. md., 1. fık. (SR 429 vd.); ordu ve askeri yönetime ilişkin 3.2.1995 tarihli federal kanunun 149a md.(SR.510.10).

[59] 19.10.2005 tarihli sporda doping yasağı anlaşması için bknz.: SR 0.812. 122.2.

[60] **FRENZ**, 2012, s.120; **VABULAS/ SNIDAL**, 2013, s.198.

1979'dan beri bankaların denetimini yapan Basel Komitesi bu tür bir gayrı resmi aktör örneği vermektedir. Gayrı resmi tasarrufla kurulan Basel Komitesinin bugün halâ hukuken bağlayıcı herhangi bir dayanağı bulunmamaktadır.[61] Basel Komitesinde temsil edilen devletler resmi bir hukuki tasarrufla yasama yetkilerini devretmemiştir. Bununla birlikte Basel Komitesi normatif faaliyet yapmaktadır.[62]

Federal merciler gayrı resmi aktörlerin kuruluşu ve bununla bağlantılı olarak yetki devri bağlamında anayasanın 166. madde, 2. fıkrası ve 141. madde, 1. fıkra, d-bendinin uygulanmasını gündeme getirmemiştir. Yazılı bir kurucu tasarrufun bulunmaması bunun nedeni olarak dile getirilmemiştir. Doktrinde bir grup hukukçu yazısız anlaşmaların da Federal meclise ve koşullara göre referanduma sunulması gerektiği görüşünü temsil etmektedir.[63] Söz konusu görüş temsilcileri bu aktörlerin tasarruflarının bağlayıcı olmamaları nedeni ile Parlamentonun uygun bulma gerekliliğine ve referandum gerekliliğine tabi olmamasına rağmen, kuruluşlarının ulusal hukukta demokratik meşruiyetten yoksun olmasını daha önemli mütalâa etmektedir. Bununla beraber özel hukuka göre kurulan veya gayri resmi kurulan bu aktörlerin Uluslararası Hukuk anlaşması benzeri olarak nitelendirilebilecek bir dayanakları bulunmaması nedeni ile tasarruflarının anayasanın ilgili hükümlerinin uygulanması olarak değerlendirilmesi mümkün görülmemektedir.

IV. DEMOKRATİK KATILIM HAKKININ ANALOJİK YÖNTEMLE GEÇERLİ KILINMASI

Uluslararası Hukuk anlaşmalarına ilişkin anayasa hükümlerinin diğer hukuki tasarruflara uygulanması bağlamında uygulanan yöntemin ayrıca incelenmesi gerekmektedir. Analoji yönteminin uygulanma koşulları analojiye esas alınacak konunun (bu bağlamda Uluslararası Hukuk anlaşması) analojik imkân vermesi ve analoji yapılacak hukuki tasarrufun Uluslararası Hukuk anlaşmasına benzemesi olarak sayılmaktadır.

---

61 bknz.: www.bis.org.

62 Basel Komitesi, dünya çapında bankacılık konusunda norm düzenlemesi yapan, standartları saygı gören bir merci olarak kabul edilmektedir; bknz.: NOBEL, 2010, s.190.

63 **HANGARTNER/ KLEY**, 2000, s.442.

1. Federal Mercilerin Yöntem Olarak Uygulamaları

A. Kavramın Genişletilmesi Yerine Analoji Yapılması

Anayasanın 166. madde, 2. fıkrasının ve 141. madde, 2. fıkra, d-bendinin uygulama alanına Uluslararası Hukuk anlaşmaları dışında kalan hukuki tasarrufları dahil edebilmek için iki yöntem bulunmaktadır. Bunlardan birincisi Uluslararası Hukuk anlaşması kavramının diğer hukuki tasarrufları da kapsayacak şekilde otonom yorumlanmasıdır. Anayasa kavramlarının otonom yorumlanmasının alışılmış bir durum olmaması nedeni ile Federal merciler bu yöntemi uygulamamıştır. Federal merciler söz konusu anayasa hükümlerinin uygulanma alanını analojik yöntemle uluslararası anlaşmalar dışında kalan hukuki tasarruflara genişletmektedir. Şüphesiz Federal merciler bu yöntemi çok nadir olarak kullanmaktadır. Federal merciler birçok durumda Uluslararası Hukuk anlaşmalarına ilişkin hükümlerin diğer hukuki tasarruflara analojik uygulanmasını hiç gündeme getirmemelerine karşın Uluslararası Hukuk anlaşmalarının akdine ilişkin düzenlemeleri doğal bir şekilde Uluslararası Hukuk anlaşmaları dışında kalan diğer hukuki tasarruflara uygulamaktadır. Bu durum kural olarak uluslararası örgütlerin kararları bakımından söz konusu olmakla beraber, diğer hukuki tasarruflar için de söz konusu olmaktadır.

B. Analoji Yönteminin Yeterli Şekilde Gerekçelendirilmemesi

Analojik yöntemin uygulanması konusunda açıklık olmadığı gibi, kural olarak yeterli bir gerekçelendirmenin de yapılmadığı görülmektedir. Federal Konsey örneğin Uluslararası Hukuk anlaşmalarının akdine ilişkin iç hukuk düzenlemelerinin İsviçre'nin ESS-ERIC'a katılımına ilişkin tek taraflı bildirimine analojik uygulanmasını tek bir cümle ile gerekçelendirmiştir.[64] Yeterli bir gerekçelendirme anoloji yapılmasında mantıki bir sonucun değil, değerlendirmenin ortaya konulması bakımından önem taşımaktadır. Analoji ile bir olay için hukuki düzenlemede öngörülen hukuki sonucun, onun tarafından düzenlenmeyen, ancak ona değerlendirme itibariyle benzeyen olaya uygulanması anlaşılmaktadır. Hukuki sonucun düzenleme konusu olmayan olaya uygulanması benzerliğe istinat etmektedir.[65]

---

[64] bknz.: BBl.2014, 6816; tek taraflı bildirim araştırma politikası ve ekonomik etkileri nedeniyle anlaşma olarak nitelendirilmektedir. Hukuki tasarrufun analojik olarak Uluslararası Hukuk anlaşması olarak değerlendirildiği Ekim 2014'te akdedilen Domain-Swiss anlaşması için bknz.: www.bakom.admin.ch.

[65] **WÜRDINGER**, bknz.: BORK "ve dig/et.al", 2006, s.946.

Hukukun normatif karakteri icabı olarak benzerliğe esas olacak ölçü, söz konusu hükmün amacı, sistematiği ve tarihi esas alınarak oluşan değerlere göre tespit edilir. Analoji uygulamasında fiili benzerliklerin değil, değer yargılarının analojiye izin vermesi esas alınır. Gerekçenin bunun dışında sadece analojinin yapılabilirliğini değil, ortaya konulan değerlendirme muvacehesinde hükmün sonraki olaylara uygulanabilirliğini açık şekilde ortaya koyması gerekmektedir. Ancak bu koşulla benzer olayların benzer şekilde muamele edilmesi mümkün olabilir. Eşitlik prensibi bunu icap ettirmektedir.[66] Politikada sıkça dile getirildiği üzere referandum uygulanmasının siyasi mercilerin takdiri esasına göre değil, belli genel-soyut kriterlerin yerine gelip gelmediği esasına göre yapılması gerekmektedir.[67] Doktrinin bir bölümü bakımından bu karakteristik durum doğrudan demokrasinin gereğidir. Bu düşünce sadece demokratik hakların düzenlenmesinde değil, aynı zamanda demokratik katılıma ilişkin hükümlerin analojik yöntemle geçerlilik alanının genişletilmesini temin edecektir. Bu nedenle bir hukuki tasarrufun anayasanın 166. madde, 2. fıkrası ve 141. madde, 1. fıkrası, d-bendi muvacehesinde Uluslararası Hukuk anlaşmasına eşit mütalâa edilmesi için gerekli görülen kriterlerin ortaya konulması önem taşımaktadır. Federal merciler yapılan analojilerin kriterlere uygunluğu ve anayasanın 166. madde, 2. fıkrası ve 141. madde, 1. fıkra, 4. bendi hükümlerinde düzenlenen demokratik katılıma ilişkin analojinin sınırlarının nerede bittiği (öngörülebilirlik) konusunda yeterli kriter sunmamaktadır.

2. Uluslararası Hukuk Anlaşmalarının Analojiye Esas Alınması (Analoji Ehliyeti)

Bu çerçevede anayasanın 166. madde, 2. fıkrasında ve 141. madde, 1. fıkra, d-bendinde düzenleme konusu olan Uluslararası Hukuk anlaşmalarının analojiye esas alınmasının mümkün olup olmadığının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Anayasa normunun anayasa koyucusunun somut hükümde yer alan (Parlamentonun uygun bulması ve referanduma sunma) düzenlemeyi hükümde öngörülen olayla sınırlama iradesi ortaya konulduğu takdirde anayasa normunun analojik uygulanmasının kabul edilmesi mümkün değildir.[68] Bu nedenle analojiye esas alınacak olayın iyi incelenmesi gerekmektedir. Konu bağlamında anayasa koyucunun Uluslararası Hukuk

---

66 **KRAMER**, 2016, s.215 vd.

67 **DIGGELMANN**, 2014, s.310.

68 **LUTHER**, 2013, s.449 vd.

anlaşması kavramına ilgili anayasa hükümlerinde ortaya çıktığı üzere büyük önem vermediği görülmektedir. Uluslararası anlaşmaların referanduma sunulması ile ilgili önceki anayasa hükmü devletlerle yapılan anlaşmalardan söz ederken, 1977 tarihli anayasa revizyonunda anayasa metninde Uluslararası Hukuk anlaşmaları kavramı kullanılmıştır. Bu yeni terminolojinin Uluslararası Hukuk anlaşmalarının sadece devletlerle değil, diğer Uluslararası Hukuk sujeleri ile de yapılmasının mümkün olması nedeni ile daha doğru seçildiği kabul edilmektedir. Bunun dışında hangi Uluslararası Hukuk anlaşmalarının referanduma tabı tutulacağı konusunda uzun tartışmalar yapılmıştır. Bu bağlamda Uluslararası Hukuk anlaşmalarının yanısıra diğer hangi hukuki tasarrufların halk oylamasına sunulması gerektiği konusunun açıklığa kavuşturulması önem taşımaktadır. Uluslararası anlaşma kavramının söz konusu anayasa hükümleri ışığında taşıdığı anlam ve demokratik katılım hakkı bakımından Uluslararası Hukuk anlaşmalarının sınırlayıcı bir kriter oluşturup oluşturmadığı konusunda Federal Konsey ve Federal Meclis şimdiye dek detaylı bir çalışma yapmamıştır.

Uluslararası ilişkilerin artarak diğer hukuki tasarruflarla düzenlenmesi olgusu ışığında Uluslararası Hukuk anlaşmalarının analojik dayanak olarak kullanılması ne referandumlarla bağlantılı orijinal düzenlemede, ne de sonraki revizyonlarda dikkate alınmıştır. Sorun daha çok hangi Uluslararası Hukuk anlaşmalarının anayasa hükmüne tabi olacağı konusunda tartışılmıştır. Anayasa koyucu uluslararası anlaşmalara ilişkin hükmün diğer hukuki tasarruflara analojik uygulanmasını reddetmemiştir.[69] Bu nedenle anayasanın Uluslararası Hukuk anlaşmalarına ilişkin 141. madde, 1. fıkrası, d-bendinde yer alan hükmün bu hali ile analojik ehliyeti bulunduğu kabul görmektedir.

3. Diğer Hukuki Tasarrufların Uluslararası Hukuk Anlaşmaları ile Yeterli Benzerliği

Analoji yapılmasının bir diğer koşulu da analoji yapılacak konuların benzerliğidir. Konu şayet düzenlenen konuya benzer ise normun analojik ehliyeti bulunduğu kabul edilmektedir. Her iki konunun mutlak olarak aynı olması gerekmemekle beraber konuların mukayese edilebilir, diğer bir ifade ile normatif bakımdan eşit değerde olması gerekmektedir.[70] Burada bir değerlendirme durumu söz konusudur. Bu bağlamda sorulması gereken değerlendirilecek konunun

---

69 **RHINOW** "ve dig/et.al", 2016, s.91.

70 **REIMER**, 2016, s.258.

(somut örnekte Uluslararası Hukuk anlaşması teşkil etmeyen hukuki tasarrufların) anayasanın 166. madde, 2. fıkrasında, 141. madde, 1. fıkra, d-bendinde düzenlenen konu ile (Uluslararası Hukuk anlaşması ile) yeterli benzerliğe sahip olup olmadığıdır. Federal merciler yukarıda işaret edildiği üzere yaptıkları analojik uygulamaları ekseriyetle yeterli şekilde gerekçelendirmemektedir.

Uluslararası Hukuk anlaşmaları iki yahut daha ziyade Uluslararası Hukuk sujesi arasında akdedilen, Uluslararası Hukuka istinat eden ve hukuken bağlayıcı sonuçlar doğuran anlaşmalardır. Tarafların uzlaşan iradeleri sonucu ortaya çıkan anlaşma uygun bulunma gerekliliği olan, iki yahut daha ziyade tarafı olan hukuki işlem karakteri taşımaktadır. Uluslararası Hukuk anlaşmalarının yazılı yapılma geleneği bulunmakla beraber, bu bir zorunluluk değildir.[71]

A. Özel Hukuk Anlaşmaları ve Hybrid Anlaşmalar

Özel hukuk anlaşmaları ve hybrid anlaşmalar Uluslararası Hukuka tabî olmamaları yahut sadece Uluslararası Hukuka tabî olmamaları ile farklılık göstermektedir.

a. Anlaşmanın Münhasıran Uluslararası Hukuka İstinat Etmemesi

Özel hukuka istinat eden yahut hybrid anlaşmalarla Uluslararası Hukuk anlaşmalarının en önemli ayırıcı özelliği bu anlaşmaların Uluslararası Hukuk anlaşmalarından farklı olarak geçerliliklerinin münhasıran Uluslararası Hukuka istinat etmemesi, geçerliliklerinin tamamen yahut kısmen özel hukuka istinat etmesidir.[72] Bunun anlamı anlaşmaya esas olan hukukun İsviçre'nin tasarrufunun dışında bulunmasıdır; İsviçre'nin anlaşmaya esas olan hukukun değiştirilmesini etkileme yahut engelleme konusunda şekli bir olanağının bulunmamasıdır.

Uluslararası Hukuk anlaşmaları ile olan dikkat çekici farka rağmen Federal merciler söz konusu anlaşmaları Uluslararası Hukuk anlaşmalarının akdine ilişkin kurallara tabî kılmıştır. İsviçre ve ICANN arasında ABD hukukuna tabî olarak yapılan BAKOM Anlaşması İsviçre'nin anlaşma tarafı olarak değiştirilmesi ve geliştirilmesi konusunda etki sahibi olmadığı bir hukuka tabî olması nedeniyle problemli mütalâa edilmekle beraber bu durum uluslararası anlaş-

---

71 **HERDEGEN**, 2016, s.120 vd.

72 AAL International Association'a katılım anlaşması Belçika hukukuna, XFEL GmBH şirket anlaşması Alman hukukuna, ICANN ve İsviçre arasında yapılan Domain anlaşmaları ABD hukukuna göre yapılmıştır.

manın akdine ilişkin yetki düzenini etkilememiştir.[73] Anlaşmaların tabi olduğu hukukun diğer anlaşma tarafına anlaşma içeriğini tek taraflı değiştirme imkânı vermesinin egemenlik kaybı olarak mütalâa edilmesi, bu tür anlaşmalar bakımından Federal Meclisin uygun bulma yetkisi kullanmasının ve referandum yapılmasının nedenini oluşturmaktadır. Federal Meclis bu bağlamda sadece güncel anlaşma içeriğini değil, aynı zamanda anlaşma içeriğinin daha sonra İsviçre'nin onayı olmaksızın anlaşma tarafı diğer devlet tarafından değiştirilmesi olasılığını değerlendirmek durumundadır.

b. Anlaşmanın Uluslararası Hukuk Sujeleri Arasında Akdedilmemesi

Kimi özel hukuk anlaşmaları, hybrid anlaşmalar bu anlaşmaların Uluslararası Hukuk sujeleri arasında yapılmayıp, ulusal özel hukuk tüzel kişileri ile yapılması nedeniyle Uluslararası Hukuk anlaşmalarından farklılık göstermektedir.[74] Bunun ötesinde uluslararası sivil toplum örgütlerinin ve transnasyonal işletmelerin Uluslararası Hukuk aktörü olarak görülmesi tartışmalıdır.[75] Federal merciler şimdiye kadar Uluslararası Hukuk süjesi olmayan anlaşma partnerleri ile akdedilen anlaşmaların Uluslararası Hukuk anlaşmalarının akdine ilişkin iç hukuk düzenlemelerine tabî olması için hangi özelliklere sahip olması gerektiğini açıklığa kavuşturmamıştır. Asgari koşul olarak şeklen ulusal (özel) hukuk tüzel kişisi olarak öngörülen entitenin anlaşma ile uluslararası kamu yetkileri kullanılmak üzere uluslararası refahın yerine getirilmesi için yetkilendirilmesi gerekmektedir. Anlaşmanın bunun dışında spesifik olarak uluslararası kamu yetkisinin kullanılması veya uluslararası refahın temini için yapılması gerekmektedir (İsviçre'nin ICANN ile Domain anlaşmaları yapması örneğinde görüldüğü üzere). Bu bağlamda fonksiyonel kriter olarak Uluslararası Hukuk anlaşması yapma yetkisi olmayan özel hukuk aktörlerinin de uluslararası kamu yetkisi kullanma gerekliliği dikkate alınmıştır. Özel çıkarlara istinaden akdedilen anlaşmaların parlamentonun demokratik katılım hakkı dışında tutulması mümkündür. Hukuki güvenin korunması ve eşitlik nedeni ile konunun teferruatlı düzenlenmesi ihtiyacı bulunmaktadır.

---

[73] (13.12.2014 tarihli Internet-Domains'e ilişkin tüzüğün 64. md., 1. fıkrası, 30.04.1997 tarihli Telekomünikasyon Yasası (SR 784.10) Federal Konsey'e bağımsız olarak telekomünikasyon alanında uluslararası anlaşmalar yapma yetkisi vermiştir. İsviçre bu bağlamda ICANN ile de anlaşmalar yapmıştır (BAKOM bunlardan biridir).

[74] Klâsik bakış açısı ile sadece devletler ve uluslararası örgütler Uluslararası Hukuk sujesidir. Kimi entiteler sui generis Uluslararası Hukuk süjesi olarak görülmektedir, örneğin Papalık, Malta Şövalyeleri, Uluslararası Kızıl Haç Komitesi.

[75] **PETERS(b)**, 2016, s.271 vd.

B. Uluslararası Organların Kararları

Uluslararası organların kararları, Federal mercilerin dış işleri alanında demokratik katılımı sağlama amaçlı olarak uluslararası anlaşmalara eşit kabul ettiği ayrı bir kategori oluşturan hukuk tasarruflarıdır. Federal merciler bu bağlamda kural olarak doğrudan uygulanan kararlar ve opting out yahut opting in prosedürü uygulanan tasarruflar arasında ayrım yapmıştır. Uluslararası örgüt kararları Uluslararası Hukuk anlaşmalarının akdinden farklı prosedürlerle ihdas edilmektedir. Parlamentonun demokratik katılımı bağlamında uluslararası örgüt kararlarının Uluslararası Hukuk anlaşmaları olarak muamele edilmeleri için Uluslararası Hukuk anlaşmalarına yeterince benzerlik gösterme kriterini tam olarak karşıladıkları konusunda genel bir beyanda bulunmak mümkün değildir. Uygulama ve doktrinde doğrudan uygulanan kararlar ve opting in-opting out imkânı veren kararlar olarak yapılan sınıflandırmanın değerlendirme bakımından yardımcı olmadığı görülmektedir.

Bu bağlamda daha çok söz konusu Uluslararası Hukuk anlaşmasında öngörülen karar alma prosedürü ile anlaşmaların akdi prosedürü karşılaştırılmaktadır. Bir Uluslararası Hukuk anlaşmasının akdi prosedüründe iki özellik karakteristik olarak değerlendirilmektedir. Bunlardan birincisi hak ve yükümlülüklerin bir Uluslararası Hukuk anlaşması şeklinde düzenlenmesi durumunda anlaşma akdi prosedürüne taraf devletlerin katılması; ikincisi ise anlaşmada öngörülen taahhütler konusunda mutabık kalınmasıdır (uzlaşma prensibi). Anlaşma akdi prosedürüne ilişkin bu iki özellik yürütme organına halk yahut parlamento tarafından ortaya konulan iradeyi uluslararası seviyede temsil etme olanağı vermektedir. Parlamento veya halk oylamasının uluslararası yükümlülüğün üstlenilmemesi yönünde ortaya konulması halinde anlaşma ile taahhüt altına girilmesi söz konusu olmamaktadır.

Uluslararası örgütlerin farklı karar alma prosedürleri yukarıda işaret edilen anlaşmaların akdi prosedüründen (katılım ve uzlaşma prensibi) önemli ölçüde farklılık göstermektedir. Uluslararası örgütlerin karar alma prosedürlerinin Uluslararası Hukuk anlaşma prosedürüne benzer olduğu nispette analojik uygulama söz konusu olabilmektedir.[76] Böyle bir benzerliğin olmadığı durumlarda yürütme organının parlamento yahut halkın iradesini uluslararası seviyede gerçekleştirme olanağı azalmaktadır.

---

[76] **PETRIG**, 2015, s.527.

a. İsviçre'nin İhdasına Katılmadığı Kararlara Bağlılığı

Uluslararası Hukuk anlaşmalarından farklı olarak demokratik katılımın söz konusu olmadığı, diğer bir ifade ile ihdasına katılımın söz konusu olmadığı uluslararası örgüt kararlarının bağlayıcılığı bağlamında sorunlar ortaya çıkabilmektedir. Bu durum söz konusu uluslararası bir organda temsil edilmeyen devletler bakımından doğrudan bağlayıcı kararlar alınması halinde ortaya çıkmaktadır. Örneğin ICAO-Konseyinde sadece üyelerin bir kısmı temsil edilmesine karşın tüm üyeler için uluslararası hava sahasında bağlayıcı kararlar alınması mümkündür.[77] Uluslararası organda temsil edilmeyen devlet kararların ihdasına katılmadığı halde organın aldığı kararla bağlanmaktadır. Yürütme organının böyle bir durumda ulusal demokratik katılım hakkını, diğer bir ifade ile negatif yahut pozitif anlamda ortaya çıkan halk iradesini uluslararası seviyede şeklen gündeme getirmesi mümkün değildir. Demokratik katılım hakkının bu bağlamda kullanılması ancak üye sayısı sınırlı organda üye devletlerin rotasyon usulü ile temsil edilmesi suretiyle telafi edilebilir. Bu tablo analoji yapma olanağının sınırının aşıldığını göstermektedir. Bu bağlamda sorunun pratik öneminin çok büyük olmadığı, zira üye sayısı sınırlı organın kural olarak teknik alanlarda, iç işlerinde yürütmenin yetki alanına giren konularda norm ihdas ettiği şeklinde kimi tezler geliştirilse de bu tezin doğru olmadığını BM Güvenlik Konseyi'nin genel ve soyut karakterli kararları ortaya koymaktadır.

b. Karşı Oy Verilmesine Karşın Kararların Bağlayıcı Etki Göstermesi

Kimi örneklerde kararın ortaya çıkışında (karar veren organın üyesi olarak yahut ulusal uygun bulma prosedürü çerçevesinde) katkı sağlanmakla beraber, kararın onaylanmaması kararın bağlayıcı etkiler göstermesini engellememektedir. Örneğin Asya Altyapı Yatırım Bankasının Hükümet Başkanları Konseyi'nin 2/3 çoğunlukla aldığı önemli olmayan anlaşma değişikliği kararları tüm üyeler için bağlayıcıdır.[78] Konsey tarafından karara bağlanan önemli anlaşma değişiklikleri ise 2/3 üye devlet tarafından onaylanması kaydıyla tüm üye devletler için bağlayıcı olmaktadır. Bu kararların ihdası prosedürü Uluslararası Hukuk anlaşmalarının akdinde söz konusu olan uzlaşma prosedüründen sapmaktadır. Bu duruma rağmen bu kararlar birçok kez Parlamentoya uygun bulunmak üzere getirilmiş, Parlamento tarafından

---

77 **ASTON**, s.136 vd.

78 26.6.2015 tarihli anlaşma (IOM) için bknz.: SR 0.972.6.

da referanduma sunulmuştur. IOM kararları örneğinde Federal Konsey şeffaflık ve anayasa hukukunda yer alan yetki düzenlemeleri muvacehesinde kararları Parlamentoya arz etmeyi ve kararların referanduma tabi kılınmasını gerekli görmüştür. Federal Konsey diğer durumlarda İsviçre'nin iradesi dışında bir kararla bağlanmasının söz konusu olduğu durumlarda değerlendirme yaparak İsviçre'nin uluslararası örgütten çıkmak suretiyle kararın bağlayıcılığından kurtulma olasılığını dile getirmektedir.

Bir ara yol olarak katılım hakkının modifiye edilerek sağlanması mümkündür. Parlamentoya yürütme organının uluslararası seviyede alınacak kararı onaylamak veya reddetme yönünde nasıl bir tutum alması gerektiği konusunda soru yöneltilebilir. Demokratik katılım bu şekilde yürütme organına verilen yetki, yürütmeye yapılan yetki delegasyonu üzerinden temin edilebilir. Söz konusu stratejinin uygulanması Uluslararası Hukukun oyların yönlendirilmesini istisnai olarak yasaklaması halinde mümkün değildir. Bu durum örneğin delegasyonun münhasıran hükümet temsilcilerinden oluşmaması halinde ortaya çıkmaktadır. Demokratik katılım hakkının karar prosedürünün karakterine uyarlanması yanısıra, uluslararası anlaşma yükümlülüklerine ilişkin ulusal yetki taksimi düzenlemelerine de (fesh-i ihbar ve çekilme konuları bakımından) analojik olarak uyarlanması mümkündür.[79] İradesine uygun olmayan karar sonuçlarından bir devletin kurtulması ancak uluslararası örgütten çıkarak mümkün olabilir.

C. Tek Taraflı Hukuki Tasarruflar

Federal merciler gerek Uluslararası Hukuk anlaşmalarından bağımsız, gerekse Uluslararası Hukuk anlaşmalarından bağımsız olmayan tek taraflı bildirimleri analojik olarak Uluslararası Hukuk anlaşmaları olarak değerlendirilmiştir. Bu bağlamda İsviçre'nin Schengen-Dublin müktesebatına ilişkin AB hukuki tasarruflarını üstlenme konusunda yaptığı bildirim bağımsız olmayan, AB anlaşması ile bağlantılı tek taraflı bildirim olarak nitelendirilmiştir. Tek taraflı bildirimler geçerlilik dayanaklarının Uluslararası Hukukta olması nedeniyle Uluslararası Hukuk tasarrufu olarak kabul edilmektedir. Uluslararası Hukuk anlaşmalarında olduğu gibi bildirimin muhatabı Uluslararası Hukuk süjesidir. Anlaşmalardan farklı olarak bu bağlamda iki yahut çok taraflı hukuki işlem yerine tek taraflı bir işlemin söz konusu olması nedeniyle demokratik katılımın bir önemi bulunmamaktadır. Anlaşma akdi

---

[79] **BLUM** "ve dig/et.al", 2013, s.527 vd.

prosedürünün iki özelliğinin tek taraflı bildirimler için de mevcut olması - Uluslararası Hukuk taahhütlerine tarafların katılımı ve bu yükümlülüklerle bağlantılı uzlaşı durumunda yükümlülüklerin bağlayıcı olması- tek taraflı bildirimlere Uluslararası Hukuk anlaşmalarına ilişkin iç hukuk düzenlemelerinin analojik uygulanması için yeterli görülmektedir.

V. DEMOKRATİK KATILIM İÇİN YENİ DAYANAKLAR

Uluslararası Hukuk anlaşmalarının önemini kaybetmesi uluslararası aktörlere yetki devri konusunda diğer Uluslararası Hukuk tasarruflarının ve kısmen özel hukuk tasarruflarının kullanılmasına yol açmıştır. Uluslararası Hukuk anlaşmalarından bu uzaklaşma uluslararası aktörlere resmi olmayan hukuki tasarruflarla yetki devrine yol açmıştır. Demokratik katılımla ilgili anayasa hükümlerinin lâfzının kural olarak münhasıran Uluslararası Hukuk anlaşmalarına ilişkin olduğu görülmektedir. Uluslararası ilişkilerde farklı enstrümanların kullanılması bu enstrümanlar bakımından da mevcut anayasa hükümleri muvacehesinde demokratik meşruiyetin sağlanmasının mümkün olup olmadığı tartışmasına yol açmıştır.

Aktüel literatürde devletler arasında yapılan anlaşmaların referandumundan söz edilmesi Uluslararası Hukukta münhasıran devletleri süje kabul eden ve dolayısıyla anlaşma tarafı kabul eden yaklaşımı yansıtmaktadır. Uluslararası Hukuk anlaşmalarının uygulamada kaybolması ve uluslararası ilişkileri düzenlemesinde diğer hukuki tasarrufların kullanılmaya başlanması bu hukuki realitenin dikkate alınmasını ve anayasa hükümlerinin analojik olarak söz konusu hukuki tasarruflara uygulanmasını gerektirmektedir. Federal merciler bu hukuki realiteyi dikkate alma babında anayasanın zikredilen hükümlerinin analojik olarak uluslararası ilişkileri düzenleyen diğer hukuki tasarruflar bakımından da uygulanmasını kabul etmiştir. Bu tür bir yetki transferinin ancak kimi hukuki tasarruflar bakımından kabul edilmemesi, kullanılan yöntemin her zaman için geçerli olmadığını göstermektedir. Demokratik katılımın söz konusu bu tasarruflar için temini böyle bir durumda Federal mercilerin takdirine kalmaktadır. Demokratik katılıma ilişkin iç hukuk düzenlemelerinin uygulanması uluslararası camianın ilişkilerin düzenlemesi bağlamında hangi tasarrufu tercih ettiğine bağlı olmaktadır. Uluslararası ilişkilerin düzenlenmesine katılan devletler ve aktörler bir uluslararası aktör oluşturmak istediklerinde bunu bir Uluslararası Hukuk anlaşması ile mi, ulusal hukuku esas alarak vakıf şeklinde mi yahut resmi olmayan bir tasarrufla, sivil toplum şeklinde mi oluşturacakları kararını verirler. Verilen

bu kararın doğal olarak daha sonra demokratik katılım alanında sonuçları ortaya çıkmaktadır. Ortaya konulan bu tablo ulusal hukukun demokratik katılım kuralları muvacehesinde bugün için uluslararası bir aktöre yetki transferinin meşruiyetinin tesadüfi şekilde ortaya çıktığını göstermektedir. Yetki transferinin hangi tasarrufla gerçekleştirileceği bağlamında verilecek karara devredilen yetkilerin önemi esas alındığı takdirde demokratik meşruiyet tartışmasının önlenmesi de mümkün olacaktır. Diğer bir ifade ile önemli yetkilerin uluslararası aktörlere devrinin söz konusu olduğu durumlarda yetki devrinin dayanağı tasarruf için Parlamentonun uygun bulma gerekliliğinin kabul edilmesi, ihtiyari yahut zorunlu referandumun öngörülmesi, yürütme organının önemli yetki transferlerinde uluslararası ilişkilerde bağımsız karar vermesinin önünü kesen yöntemlerin uygulanması, demokratik meşruiyet tartışmalarını önleyecektir. Bütün bu gelişmelerin Uluslararası Hukukun geçirdiği değişim ışığında demokratik meşruiyeti Uluslararası Hukuk anlaşmaları merkezli olarak düzenleyen iç hukuk düzenlemelerinin gözden geçirilmesi gerekliliğini gündeme getirdiği açıktır.

KISALTMALAR

AAL : Ambient Assisted Living

AJP : Aktuelle Juristische Praxis

Art. : Artikel (madde)

BAKOM : Bundesamt für Kommunikation

BV : Bundes Verfassung

Aufl. : Auflage (bası)

ERIC : European Research Infrastructure Consortium (Avrupa Araştırma Alt-yapıları Konsorsiyumu)

ICANN : The Internet Corporation for Names and Numbers

Hrsg : Herausgeber (editör)

IOM : Internationale Organization for Migration

JURA : Juristische Ausbildung

MPEPIL : Max Planck Encyclopedia of Public International Law

ParlG : Parlamentsgesetz

Rn : Randnummer

Rs : Reechtssache

RVOG : Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz

Rz : Randziffer

SVR : Schriften zum Völkerrecht

SZIER : Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht

XFEL : X-ray Free Electron Laser

WTO : World Trade Organisations

ZBl : Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung

ZGB : Zivilgesetzbuch

ZFRS : Zeitschrift für Rechtssoziologie

ZSR : Zeitschrift für Schweizerisches Recht

KAYNAKÇA

ASTON Jurij Daniel, **Sekundärgesetzgebung internationaler Organisationen zwischen mitgliedstaatlicher Souveränität und Gemein-schaftsdisziplin**, Duncker&Humblot, Berlin, 2005.

BINDSCHEDLER Rudolf, **Rechtsakte der internationalen Organisationen**, bknz.: E. Bucher/P. Saladin, Berner Festgabe zum schweizerischen Juristentag 1979.

BLUM Nina / NAEGELI Vera / PETERS Anne, **Die verfassungsmässigen Beteiligungsrechte der Bundesversammlund und der Stimmvolkes an der Kündigung völkerrechtlicher Verträge**, ZBl. Jg.114 (2013), Heft 10.

BRUNNER Babette, **Das Staatsvertragsreferendum: Ein Volksrecht im Wandel**, Dissertation Universität Zürich, Zürich 2014.

CHAPUIS Cédric, **Die Übertragung von Hoheitsrechten auf supranationale Einrichtungen**, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel. 1993.

DAHM Georg/Jost DELBRÜCK/ WOLFRUM Rüdiger, **Völkerrecht,** 2. Aufl. W. de Gruyter Verlag, Berlin, 2002.

DIGGELMANN Oliver, **Verletzt die Standardartabkommen-Praxis der Bundesversammlung die Bundesverfassung?**, ZBl. 115(2014), Schultless Verlag, Zürich.

EHRENZELLER Bernhard, **Legislative Gewalt und Aussenpolitik**, Helbing & Lichtenhahn, 1993.

EHRENZELLER Bernhard / NOBS Roger / THÜRER Daniel / DIGGELMANN Oliver, **Art.140 BV**, bknz.: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweiz/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, 3. Aufl. 2014, Schulthess Verlag Zürich Rz.19.

EPINEY Astrid, **Art.166, BV**, bknz.: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung, Helbing Lichtenhahn Verlag 2015, Basel, Rz.24.

EPPING Volker, **§9 Sonstige Völkerrechsubjekte**, bknz.: Knut Ipsen, Völkerrecht, 6. Aufl. 2014, C&H Beck Verlag, München, Rz.17.

FISCHER Alex, **Internationalisierung**, bknz.: Peter Knoepfel/Yannis Papadopoulos/Pascal Sciarini/Adrian Vatter/Silja Häusermann, Handbuch der Schweizer Politik, 5. Aufl. 2014, Verlag Neue Züricher Zeitung, Bern/Lausanne/Zurich.

FRENZ Walter, **Supranationale Gesellschaftsformen**, JURA 34(2012), De Gruyter Verlag, Heft 2.

GEIGER Rudolf, **Grundgesetz und Völkerrecht, mit Europarecht**, 6. Aufl., C-H Beck Verlag, 2013.

GEMPERLI Simon, **Nach 24 Jahren: Schweiz zieht EU-Beitrittsgesuch zurück**, Neue Zürcher Zeitung online <wwwnzz.ch>, 15.6.2016.

GRAF Martin / TOPHINKE Esther, **Art.24 ParlG**, bknz.: Martin Graf/Cornelia Theler/Moritz von Wyss, Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der Schweizerischen Bundesversammlung, 2014, Verlag Helbing & Lichtenhahn, Basel, Rz. 6-8.

GRUBER Reto, **Die Übernahme und Umsetzung von Weiterentwicklungen des Schengen - Besitzstandes - ausgewählte institutionelle Aspekte**, bknz.: Astrid Epiney/Nina Gammenthaler, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2009/2010, Schulthess Verlag, Zürich 2010.

HANGARTNER Yvo von / KLEY Andreas, **Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der schweizerischen Eidgenossenschaft**, Schulthess Verlag, Zürich, 2000.

HARTWIG Matthias, **ICANN, Governance by Technical Necessity**, bknz.: Armin von Bogdandy/Rüdiger Wolfrum/Jchen von Bernstorff/ Philipp Dann/ Matthias Goldmann, The Exercise of Public Authority by International Institutions, 2010, Springer Verlag Berlin/Heidelberg.

HEINEGG Wolff Heintschel von, **§19 Einseitige Rechtsakte**, bknz.: Knut Ipsen, Völkerrecht, 6. Aufl. 2014, C&H Beck Verlag, München.

HERDEGEN Matthias, **Völkerrecht**, 15. Aufl. 2016, C&H Verlag, München, Rz.1-2.

KRAMER Ernst, **Juristische Methodenlehre**, 5. Aufl., Stämpfli Verlag, Bern, 2016.

KÜNZLI Jörg, **Demokratische Partizipationsrechte bei neuen Formen der Begründung und bei der Auflösung völkerrechtlicher Verpflichtungen**, ZSR 128 (2009).

LUTHER Christopf, **Die juristische Analogie**, JURA 5, De Gruyter Verlag, 2013.

NAEF Francesco, **Soft-law und Gewaltenteilung**, AJP 8(2015), Dike Verlag, Zürich/St. Gallen.

NETTESHEIM Martin, **Kompetenzen**, bknz.: Armin von Bogdandy/Jürgen Bast, Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl..2009, Springer Verlag, Berlin.

NOBEL Peter, **Schweizerisches Finanzmarktrecht und Internationale Standards**, 3. Aufl., Stämpli Verlag, Bern, 2010.

PAUWELYN Joost / WESSEL Ramses A. / WOUTERS Jan, **Informal International Lawmaking**, Oxford University Press, Oxford, 2012.

PETERS Anne (a), **Transnational Law Comprises Constitutional, Administrative, Criminal and Quasi-Private Law**, bknz.: Pieter H. F. Bekker/Rudolf Dolzer/Michael Waibel, Making Transnational Law Work in the Global Economy, 2010, Cambridge University Press.

PETERS Anne (b), **Völkerrecht**, 4. Aufl. 2016, Schulthess Verlag, Zürich, Rz. 7-8, 2.

PETERS Anne (c), **Privatisierung, Globalisierung und die Resistenz des Verfassungsstaates**, bknz.: Philippe Mastronardi/Denis Taubert, Staats-und Verfassungstheorie im Spannungsfeld der Disziplinen, Franz Steiner Verlag, Stuttgart 2006.

PETRIG Anna, **Die demokratische Mitwirkungen der Entstehung und Umsetzung rechtsetzender Beschlüsse internationalen Rechts**, SZIER Jahrgang 25 (2015).

REIMER Franz, **Juristische Methodenlehre**, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2016.

RHINOW René / SCHEFER / UEBERSAX Markus Peter, **Schweizerisches Verfassungsrecht**, 3. Aufl., Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2016.

RIEMER Hans Michael, **Vereins- und Stiftungsrecht (Art.60-89 bis ZGB), mit den allgemeinen Bestimmungen zu den juristischen Personen (Art.52-59 ZGB)**, Stämpfli Verlag, Bern 2012, Rz.4.

SCHWENDIMANN Felix / TSCHAN-TRUONG Binh / THÜRER Daniel, **Art.182 BV, Beziehung zum Ausland**, bknz.: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweiz/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, 3. Aufl. 2014, Schulthess Verlag Zürich.

THÜRER Daniel, **"Soft Law"-eine neue Form von Völkerrecht?** ZSR 104.

TIETJE Christian (a), **Recht ohne Rechtsquellen?**, ZFRS Volume 24, Issue 1 (2003).

TIETJE Christian (b), **Internationalisiertes Verwaltungshandeln**, 2001, Duncker & Humblot, Berlin.

VABULAS Felicity / SNIDAL Duncan, **Organizations without Delegation: Informal Intergovernmental Organisations and the Spectrum of Intergovernmental Arrangements**, Review of International Organisations, Springer Verlag, Vol.8(2), NewYork, 2013.

VERDROSS Alfred / SIMMA Bruno, **Universelles Völkerrecht**, 3. Aufl., Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 2010.

WÜRDINGER Markus, Die **Analogiefähigkeit von Normen: Eine methodische Untersuchung über Ausnahmevorschriften und deklartororische Normen**, bknz.: Reinhard Bork/Jochen Taupitz/Gerhard Wagner (Hrsg.), Archiv für Civilistische Praxis 206(2006), Mohr Siebeck Verlag, Thübingen.

GSÜHFD, 2021; 1: 37-48

INDEPENDANCE DU MINISTERE PUBLIC FRANÇAIS?(*)(**)

Prof. Dr. **Olivier DÉCIMA**(***)

C'est une affirmation qui revient sans cesse, depuis plus de nombreuses années: le ministère public français doit être plus indépendant du gouvernement[1].

Indépendance, impartialité, légitimité - Que signifie l'indépendance tant désirée ? L'indépendance doit être distinguée de l'impartialité du magistrat. L'indépendance désigne ici l'autonomie par rapport aux intérêts extérieurs à la procédure pénale. Jusqu'au jugement, par exemple, l'objet de la procédure est la manifestation de la vérité. L'indépendance est donc opposée à la soumission à autrui ou à l'influence d'autrui. L'impartialité, quant à elle, consiste à ne pas avoir de parti pris - pour des raisons objectives (eu égard, notamment, aux fonctions de l'intéressé) ou subjectives (eu égard, par exemple, à ses convictions ou à ses préjugés personnels). A son tour, la légitimité désigne le bien-fondé d'une position, sa conformité au droit ou à l'équité, de sorte que la dépendance ou la partialité ne sont pas illégitimes (ou légitimes) en elles-mêmes: tout dépend du jugement de valeur, nécessairement relatif, qui sera porté sur elles. Défendre le faible contre le fort, l'intérêt général contre les

---

(*) Bu makale, hakem incelemesinden geçmemiştir.

(**) Contribution à la journée internationale d'étude «le ministère public en procédure pénale comparée» organisée à l'Université de Bordeaux le 30 avril 2021.

(***) Professeur agrégé de droit privé et de sciences criminelles, Faculté de droit, Université de Bordeaux.

1 Le ministère public est, par ailleurs, indépendant des juridictions d'instruction ou de jugement quant à l'exercice de l'action publique, en raison du principe de séparation des pouvoirs de poursuite, d'instruction et de jugement. Les magistrats du ministère public sont, de même, indépendants des justiciables, même s'il existe certaines formes limitées d'interpellation, comme le recours hiérarchique contre le classement sans suite (art.40-3 C. proc. pén.).

intérêts privés, pourrait illustrer un parti pris considéré comme légitime. De même, être subordonné à une institution dont l'objet est la protection de l'intérêt général pourrait également apparaître une dépendance utile.

Il suit de cela que, certes, la dépendance peut conduire à la partialité (comme dans l'hypothèse d'instructions hiérarchiques orientées), mais qu'il y a des formes de partialité sans dépendance (préjugés personnels, par exemple) et des dépendances sans partialité effective (faute d'instruction hiérarchique, notamment). Il suit encore de ces précisions qu'il n'est guère logique de proclamer l'impartialité du ministère public, partie principale à l'action publique, comme le fait le Code de procédure pénale depuis une loi du 25 juillet 2013[2]: comment une "partie" peut-elle être "im-partiale" ? Pourquoi, au demeurant, devrait-elle l'être ? Il conviendrait, vraisemblablement, de répondre en distinguant l'impartialité processuelle de l'impartialité déontologique[3], c'est-à-dire de la légitimité du comportement professionnel.

L'observateur sait bien que le ministère public est irrécusable[4], tout comme il sait que la procédure pénale française a longtemps refusé de soumettre le parquet à l'exigence d'impartialité. L'accusation n'était tenu que d'un devoir de loyauté, qui implique une représentation fidèle des faits poursuivis[5].

Indépendance du ministère publique ? - La supposée ambiguïté du "parquet à la française" résiderait, dit-on, en ce que, d'une part, la magistrature est une[6], gardienne de la liberté individuelle[7], de sorte qu'elle doit nécessairement être indépendante. Le principe d'unité du corps judiciaire suppose (rait) une plus large assimilation des règles statutaires applicables aux magistrats du siège et du parquet. D'autre part, le ministère public applique la politique pénale; il est partie principale au procès et présente un lien statutaire hiérarchique avec le ministère de la justice. Il ne peut donc présenter une indépendance analogue aux magistrats du siège.

---

2 Art.31 C. proc. pén.

3 Rappr. Cons. sup. magistrature, Recueil des obligations déontologiques, 2019, p. 21 et s.

4 Article 669 C. proc. pén.

5 Cass. crim. 6 janv. 1998, n° 97-81.466; 6 mai 1996, no 95-81.766: "le ministère public ne décidant pas du bien-fondé de l'accusation en matière pénale, le moyen pris de la partialité éventuelle de ce magistrat est inopérant".

6 Rappr. Cons. const. 11 août 1993, n° 93-326 DC; 21 févr. 1992, n° 92-305; 2 mars 2004, n° 2004-492 DC; 8 déc. 2017, n° 2017-680 QPC.

7 Art.66 Const.

Les projets et propositions de réformes ont été nombreux[8], tout comme les commissions et rapports[9]. L'actuel projet de réforme "*pour la confiance dans l'institution judiciaire*"[10] renonce à porter, une fois encore, la question devant la représentation nationale, malgré la volonté initialement affichée de ses promoteurs. L'introduction du "parquet européen"[11], en toute hypothèse, interroge à nouveau, en raison de sa plus grande indépendance. Les magistrats délégués seront placés hors de la hiérarchie française; ils exerceront des fonctions de poursuite et d'instruction. Le parquet européen possède la personnalité juridique. Son chef est nommé par le conseil et le parlement (et non pas le commission). Les membres de cette institution ne reçoivent aucune instruction[12].

Adéquation du statut aux fonctions - Cependant, il n'est pas certain que le problème soit toujours bien posé: les observateurs se concentrent souvent sur le statut des magistrats du ministère public et laissent de côté les fonctions, notamment, processuelles de ces derniers. Or, la question n'est pas celle du statut envisagé isolément, mais celle de l'adéquation du statut aux fonctions du procureur de la République - qui ont considérablement évoluées. Le contrôle de la privation prolongée de liberté dans l'enquête de police, très débattu au début des années 2010, pourrait l'illustrer. La question est-elle de savoir si le ministère public est une "autorité judiciaire" au sens de l'article 5 CSDH, ou de déterminer si pareil contrôle doit revenir à ce magistrat ?

A l'inverse, l'organisation du ministère public français correspond adéquatement à certaines de ses fonctions traditionnelles, telles que la mise en œuvre de la politique pénale nationale. Son statut correspond, de fait, à l'étymologie de la fonction: le *procurator* est celui qui agit au nom d'autrui. L'indépendance du procureur est, littéralement, un oxymore. Ce statut est au demeurant conforme à la construction historique de l'Etat français

---

8 V. not. le projet de loi n° 957, du 3 juin 1998, "relatif à l'action publique en matière pénale et modifiant le Code de procédure pénale", ou, en 2018, le projet de loi constitutionnelle n° 911 "pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace".

9 V. not. les commissions Truche ("Rapport de la commission de réflexion sur la Justice", juillet 1997) et Nadal ("Refonder le ministère public", 28 novembre 2013).

10 Projet n° 4091 du 14 avril 2021.

11 L. n° 1672-2020 du 24 décembre 2020; règlement (UE) 2017/1939 du Conseil du 12 octobre 2017 mettant en œuvre une coopération renforcée concernant la création du Parquet européen.

12 Art.6 du règlement UE précité.

centralisateur. Le procureur du Roi, introduit au 13ème siècle par Philippe le Bel, était chargé au nom de ce dernier de veiller à la paix publique au-dessus des intérêts privés. Il a été un instrument de la construction de la royauté française. Il est connu que le procureur du Code d'instruction criminelle était pensé comme un "préfet judiciaire". Au demeurant, et plus généralement, les réflexions et réformes récentes - notamment européennes[13] - n'excluent pas la hiérarchisation du parquet en elle-même.

Ce sont les raisons pour lesquels l'indépendance véritable du ministère n'est guère réalisable et les projets ne sont pas suffisants, dès lors qu'une réforme plus radicale de ses fonctions n'est pas, elle aussi, engagée.

I. IMPOSSIBLE INDÉPENDANCE

Bien que l'indépendance du ministère public tende à devenir plus importante, bien qu'elle soit largement débattue ou désirée, elle demeure manifestement très limitée. Les projets de rapprochement du statut des magistrats du siège et du parquet - qui n'envisagent pas de rompre complètement le lien au ministère[14] - ne suffiront pas à renverser ce constat.

Les maigres manifestations d'indépendance. - Il existe plusieurs manifestations d'autonomie ou de velléité d'indépendance des magistrats du parquet. En premier lieu, le procureur de la République dispose de pouvoirs propres[15]: il exerce la plénitude de l'action publique et le procureur général ne peut agir à sa place[16]. En ce sens, le ministère public peut désobéir, sous l'importante réserve de commettre, ce faisant, une faute discipline - qui "*s'apprécie pour un membre du parquet* (...) *compte tenu des obligations qui découlent de sa subordination hiérarchique*"[17].

---

[13] V. not. la recommandation n° 2000 Conseil Europe sur le rôle du ministère public dans les systèmes de justice pénale, adoptée par le comité des ministres du Conseil de l'Europe le 6 octobre 2000 (https://rm.coe.int/16804c4917.): pour favoriser l'équité, la cohérence et l'efficacité de l'action du ministère public, les États doivent veiller à privilégier une organisation hiérarchique. V. également l'organisation du parquet européen (art.696-108 et s. C. proc pén.).

[14] V. par ex. les déclarations du président de la République en 2018 à l'occasion de la réforme de la justice: https://www.publicsenat.fr/article/parlementaire/l-independance-du-parquet-relancee-par-la-reforme-de-la-justice-134166.

[15] Rappr. art.40 et 41 C. proc. pén.

[16] V. not. Cass. crim. 12 mai 1992, n° 92-81.080.

[17] Art.43 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 relative au statut de la magistrature.

En second lieu, "la plume est serve, mais la parole est libre"[18]: le magistrat peut exposer oralement son opinion, même si cette dernière n'est pas conforme aux instructions reçues et traduites dans le dossier.

En troisième lieu, les instructions du garde des sceaux "dans des affaires individuelles" sont proscrites depuis la loi du 25 juillet 2013[19]. L'ancien article 63 du Code de procédure permettait en effet au ministre de dénoncer une ou plusieurs infractions et de donner des instructions de poursuite qui, depuis 2004, étaient écrites et versés au dossier. Cette expression de subordination hiérarchique était donc transparente. Craignant l'hypocrisie législative, les sceptiques considéreront peut-être que cette transparence participait de l'indépendance de la justice pénale, dès lors que le parquet demeure structurellement inféodé au ministère, avant comme après 2013. Seules demeurent désormais les instructions spéciales du parquet général, traduisant la politique pénale du gouvernement.

En quatrième lieu, l'introduction du parquet européen conduit à écarter ses membres délégués de la hiérarchie nationale. Comme évoqué plus haut, son chef est nommé par le conseil et le parlement (et non pas le commission). Les membres de cette institution ne reçoivent aucune instruction.

En dernier lieu, les velléités d'indépendance du ministère public sont illustrées par les nombreux projets (évoqués notamment plus haut) ou avis[20] qui tendent à assimiler ou à rapprocher les statuts des magistrats du parquet et du siège, introduisant la nomination sur avis conforme du Conseil supérieur de la magistrature et confiant à ce dernier l'exercice du pouvoir disciplinaire. Tous ces projets ont échoué. Par ailleurs, il a été récemment proposé de préciser le régime des "remontées d'informations"[21]. Imparfaitement envisagées par une circulaire du 31 janvier 2014[22], elles sont

---

18 Art.33 C. pr. pén.; art.5 de l'ordonnance précitée portant statut de la magistrature.

19 Art.30, al. 3C. pr. pén.

20 Rappr. l'avis du Conseil supérieur de la magistrature en date du 15 septembre 2020, qui entend renforcer les garanties d'impartialité du parquet, d'une part, et encadrer les remontées d'informations, d'autre part: http://www.conseil-superieur-magistrature.fr/sites/default/files/atoms/files/avis_logo_0.pdf.

21 Rappr. avis du 2 septembre 2020 de la Conférence nationale des premiers présidents, qui s'inquiète de cette pratique: https://www.dalloz-actualite.fr/node/statut-du-parquet-francais-note-de-conference-des-premiers-presidents-au-csm.

22 Circulaire "de politique pénale relative au procureur de la République financier" (NOR: JUSD1402887C).

largement laissées à la discrétion du ministère: le garde des sceaux est libre de solliciter des transmissions d'informations sur les affaires en cours, sans condition ni contrôle, ce qui alimente la crainte de l'utilisation politique des renseignements ainsi obtenu. Les propositions consistent à préciser dans la loi le régime de ces transmissions d'informations[23], notamment les conditions, critères et finalités du procédé[24]. La Cour de cassation a refusé, pour des raisons formelles[25], de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité à ce sujet. Mais le projet de loi "pour la confiance dans l'institution judiciaire" renonce à intégrer ces éléments dans le texte.

Des manifestations ou des velléités d'indépendance existent donc bel et bien. Mais il apparaît également qu'elles sont en elle-même limitées, si bien qu'elles sont inefficaces à rompre le lien quasi-viscéral qui existe entre le parquet le ministère, comme le montre la lecture des textes applicables en la matière.

Le constat de la subordination hiérarchique. - Les projets évoquées ci-dessus ne pourraient permettre de considérer le ministère public comme indépendant, même s'ils avaient été adoptés. Reconnaître une véritable indépendance supposerait d'importantes réformes constitutionnelles et légales. En effet, les textes consacrent *in abstracto* très explicitement l'autorité du garde des sceaux et la subordination juridique du parquet au gouvernement. Il n'est donc guère surprenant que ces questions alimentent régulièrement le débat citoyen et les "affaires publiques". Outre les affirmations générales de l'ordonnance de 1958[26], le Code de procédure pénale affirme que le procureur de la République, qui est amovible et révocable[27], est tenu de prendre des réquisitions écrites conformes aux

---

23 V. le rapport de la Commission de modernisation de l'action publique présidée par Jean-Louis Nadal en novembre 2013 et le rapport du 15 septembre 2020 de la commission d'enquête sur les "obstacles à l'indépendance du pouvoir judiciaire".

24 Rappr. avis précité du 15 septembre 2020 du Conseil supérieur de la magistrature.

25 Cass. Crim. 12 janvier 2021, QPC n° 20-90.030: les articles 35 et 39-1 du Code de procédure pénale qui, selon les demandeurs, n'encadrent pas assez ces transmissions d'informations ne constituent pas le fondement des poursuites engagées et ne sont pas applicables au litige.

26 Art.5, ord. n° 58-1270 du 22 déc. 1958: "les magistrats du parquet sont placés sous la direction et le contrôle de leurs chefs hiérarchiques et sous l'autorité du garde des Sceaux ministre de la Justice" (hormis le procureur général près la Cour de cassation, qui n'exerce pas l'action publique et n'est pas hiérarchisé, art.L432-1 et s. C. org. jud.). Rappr. art.43 relatif à l'appréciation de la faute disciplinaire.

27 Ord. n° 58-1270 du 22 déc. 1958, art.59.

instructions qui lui ont été transmises par le procureur général[28], alors que le ministre de la justice conduit la politique d'action publique déterminée par le gouvernement. Il veille à la cohérence de son application sur le territoire de la République, adresse aux magistrats du ministère public des instructions générales[29]. Le procureur général veille au bon fonctionnement des parquets, qu'il inspecte[30] et qu'il évalue au regard des instructions ("générales") du ministère[31]. Il en donne rapport à ce dernier.

Par ailleurs, malgré les nombreuses réflexions à ce sujet, les membres du ministère public demeurent nommés par décret président de la République sur la proposition du garde des Sceaux, après avis (simple) de la "formation parquet" du Conseil supérieur de la magistrature[32]. L'intérêt limité des projets de réforme doit être bien compris. D'une part, exiger l'avis conforme du Conseil ne suffirait pas à masquer les nombreuses autres manifestations de la subordination du parquet. D'autre part, les gouvernements français, de fait, suivent l'avis du Conseil de façon quasi systématique, au moins depuis le début la fin des années 1990.

De même, le pouvoir disciplinaire à l'égard des magistrats du parquet demeure exercé par le garde des sceaux après avis (simple) de la formation compétente du Conseil supérieur de la magistrature[33], dont il est parfois possible de se dispenser.[34].

L'implication dans la politique pénale. - L'indépendance véritable du ministère public supposerait que ce dernier ne soit pas étroitement associé à la détermination et la mise de la politique pénale nationale et locale, qui suppose une action coordonnée et uniforme. Or, un rapide examen des dispositifs existants suffit, au contraire, à souligner l'implication importante du parquet dans la politique pénale *lato sensu*, nationale et locale.

---

28 Art.33 et 36.

29 Art.30.

30 Art.R. 213-29 C. org. jud.

31 Art.35.

32 Ord. du 22 déc. 1958, art.28, al. 2. Rappr. L. org. n° 2013-1115 du 6 déc. 2013 et L. org. n° 2019-221 du 23 mars 2019 relative au parquet national financier.

33 Ord. du 22 déc. 1958, art.59.

34 Ord. du 22 déc. 1958, art.58-1.

D'un côté, nul n'ignore que la définition et la conduite des politiques publiques nationales reviennent au gouvernement[35] qui en est politiquement responsable. Il a été évoqué plus haut que le ministre de la justice a en charge l'application homogène de la politique pénale, ce qui justifierait ses prérogatives hiérarchiques. Cette application uniforme serait, dit-on, la condition permettant de concilier la règle de l'opportunité des poursuites et le principe d'égalité entre les citoyens devant la loi et la justice pénale. La chaîne hiérarchique doit donc conduire le procureur de la République à diriger les services de police selon les instructions reçues. En retour, il adresse un rapport annuel au parquet général[36].

D'un autre côté, il existe de nombreuses manifestations de l'implication du ministère public, auprès des autorités territoriales, dans la définition et l'application de politiques pénales locales (si l'on peut s'exprimer ainsi). Certes, il n'y a guère ici de manifestations hiérarchiques, mais plutôt l'expression d'un lien de plus en plus étroit avec les autorités politiques et administratives. En application d'un "dispositif territorial de sécurité", consacré par le Code de la sécurité intérieure, le procureur de la République participe au conseil local de sécurité et de prévention de la délinquance. L'objet de ce dernier est, à l'échelle communale ou intercommunale, la concertation et de coordination en matière de lutte contre l'insécurité et de prévention de la délinquance[37]. De même, il collabore au conseil départemental de prévention de la délinquance, à l'état-major local de sécurité, ainsi qu'à la mise en œuvre de contrats locaux de sécurité - version pénale du "new public management" cher à notre administration, dont l'objet est d'adapter l'action quotidienne de la police et de déterminer des priorités définies avec les autorités localement compétentes: maire, préfet, procureur, recteur d'académie, par exemple. Des échanges d'informations avec les maires sont également organisés par le Code de sécurité intérieure[38].

Dans ces conditions, l'observateur ne peut naturellement conclure qu'au défaut d'indépendance du ministère public français. Plus encore, la réforme envisagée du mode de nomination, de la titularité du pouvoir disciplinaire et des remontées d'informations ne suffirait pas à contredire ce constat. Faut-il

---

35 Art 20 Const.

36 C. pr. pén., art.39-1.

37 Art.L. 132-1 et s. C. séc. int.

38 art.L. 132-1 et s. C. séc. int.

penser, cela étant, que ce défaut d'indépendance est un problème véritable ? Plus précisément, faut-il penser que la réforme du statut du ministère public est essentielle à l'équilibre de la procédure pénale française ?

II. INSUFFISANTE INDÉPENDANCE

Des réformes plus radicales ? - Modifier les procédures de nomination ou de discipline, ne saurait suffire à restaurer l'équilibre de la procédure pénale française. Promouvoir cette supposée indépendance est une façon bien commode d'employer les procureurs à des tâches toujours plus importantes et plus dirigées. Des réformes plus ambitieuses sont nécessaires. D'une part, les réflexions portent sur la conception et la mise en œuvre de la politique pénale. D'autre part, et surtout, elle vise à réorganiser les phases pré-sentencielles de la procédure pénale.

Réformer la politique pénale. - Compte tenu de la tradition française, la question paraît quasi hérétique: a-t-on besoin d'une politique pénale nationale ? Si, par ailleurs, cette dernière devait être maintenue, doit-on nécessairement la confier au gouvernement ?

Tout d'abord, l'utilité de la politique pénale nationale semble bien acquise en France, alors qu'elle paraît inexistante ou plus limitée dans d'autres systèmes juridiques. Deux arguments sont principalement avancés. D'un côté, la politique pénale participe de la "politique de la Nation", que l'article 20 de la Constitution confie au gouvernement. Dans le même sens, la direction ou l'orientation générale des enquêtes et des poursuites est conçu comme un objet démocratique soumis au débat public. Il est donc logique que le gouvernement, responsable devant la représentation nationale, en soit chargé. D'un autre côté, l'existence d'une politique homogène garantirait l'égalité nationale des citoyens devant la loi et la justice, en faisant contrepoids au principe de l'opportunité des poursuites, qui permet à chaque parquetier de poursuivre ou non les faits dénoncés - mais aussi de choisir la "réponse pénale" adaptée. Or, depuis de nombreuses années, la tendance est incontestablement au développement des pouvoirs du ministère public d'orienter la procédure répressive. Dans ces conditions, la possibilité réelle de réformer ces matières est très réduite. Un système mixte, par exemple, pourrait être proposé qui, selon les types de criminalité, mêlerait opportunité ou légalité des poursuites, d'une part, et, d'autre part, politique pénale homogène ou liberté locale d'orientation.

Politique pénale autonome ? - Reste, ensuite, qu'il a été envisagé d'éloigner la politique pénale nationale (et le ministère public, par conséquent) du gouvernement en introduisant un "procureur général de la République" ou d'un "procureur général de la Nation". Ce dernier pourrait, notamment, être responsable de l'orientation générale de l'action des parquets, ou recevoir des prérogatives de nomination ou de discipline. De plus, l'introduction d'une institution collégiale de politique pénale est parfois envisagée.

Il doit néanmoins être observé que, souvent, ces propositions ménagent les fonctions du ministère de la Justice. Le «conseil national de politique pénale", proposé la commission Nadal[39], lui est par exemple rattaché. De même, le projet de loi n° 957 "relatif à l'action publique en matière pénale et modifiant le code de procédure pénale" déposé le 3 juin 1998 laissait la définition de la politique pénale au ministre: le texte confiait au procureur général de la République le soin de veiller "au respect des orientations générales de la politique pénale définies par le ministre de la justice". La nomination de ce magistrat (comme sa révocation) de ce magistrat appartenait au Président de la République sur une liste de trois personnes proposées par le Conseil supérieur de la magistrature. Le projet ne donnait au procureur général de la République aucune fonction dans la nomination ou la sanction des membres du ministère public.

A l'inverse, une proposition de loi constitutionnelle n° 388 déposée au Sénat le 25 février 2021 porte création d'un "procureur général de la Nation", nommé après approbation par les chambres parlementaires, qui disposerait d'un pouvoir de nomination des magistrats du parquet après avis du Conseil supérieur de la magistrature. Il est ajouté que "le Procureur Général de la Nation adresse aux procureurs généraux des instructions relatives à l'action publique. Il peut leur adresser des instructions individuelles". Mais le texte ne semble pas remettre en question l'article 30 du Code de procédure pénale selon lequel, notamment, "le ministre de la justice conduit la politique pénale déterminée par le Gouvernement". L'indépendance de ce magistrat serait donc bien moindre que celle, par exemple, du chef du parquet européen. En somme, la lecture des projets enseigne que le "grand procureur" français participerait de la traditionnelle chaîne hiérarchique.

---

[39] Refonder le ministère public - Commission de modernisation de l'action publique: https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/134000812.pdf.

Politique pénale et démocratie. - Faut-il aller plus loin et décapiter la politique pénale nationale, si l'on peut s'exprimer ainsi ? Outre la nécessaire réorganisation de la "chaine pénale", l'enjeu démocratique de l'introduction d'un procureur général national véritablement indépendant doit être bien mesuré. La légitimité des orientations pénales nationales tient en ce que l'article 20 de le Constitution confie la politique de la Nation au gouvernement, responsable devant le Parlement. Les membres du Gouvernement sont nommés par le Président de la République (art.8), élu au suffrage universel direct (art.6). De fait, la politique pénale participe largement des débats électoraux français. Toute réforme qui viserait à substituer à l'autorité du Garde des sceaux une nouvelle organisation indépendante du ministère public devrait donc être attentive à protéger la légitimité de cette dernière, sous peine nuire à "l'image de la justice", si chère à ces promoteurs.

Confier la détermination de la politique pénale à la représentation nationale, ou à une émanation de cette dernière, qui nommerait un procureur général de la République exerçant les prérogatives actuelles du ministre, sur avis conforme du Conseil supérieur de la magistrature en matière de nomination ou de discipline, pourrait être une solution. Mais le lecteur mesure probablement les limites (notamment politique) de la proposition, la complexité de son introduction en droit positif ou de sa mise en œuvre. C'est une des raisons pour lesquels une autre méthode devrait être préférée: mettre le statut du ministère public en adéquation avec ses fonctions en réformant les phases préparatoires de la procédure pénale.

Les fonctions, plus que le statut. - Comme évoqué plus haut, la question de l'indépendance du ministère public est un problème d'adéquation de son statut à ses fonctions. Sa subordination n'est un problème qu'au regard du développement de ses prérogatives - notamment en ses fonctions quasi-juridictionnelles. La juridictionnalisation de l'enquête de police, c'est-à-dire le développement de l'office du juge au détriment du parquet, pourrait être la solution la plus équilibrée, qui permettrait, tout à la fois, de conserver l'organisation actuelle de la politique pénale et l'équilibre de la procédure.

Le procureur et le juge. - Il est bien connu que le procureur de la République, devenu le personnage central de la procédure pénale, a été investi de nombreuses tâches: il est un quasi-juge de l'enquête - qu'il dirige pourtant - et dont il garantit, selon l'article 39-3 du Code de procédure

pénale, la légalité et la proportionnalité. Il décide de mesures coercitives ou intrusives[40] pendant l'enquête de droit commun. L'orientation de la "réponse pénale" le conduit à apprécier la culpabilité et la peine, lorsqu'il choisit la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité[41] ou la composition pénale[42]. La loi n° 2021-401, 8 avr. 2021 *améliorant l'efficacité de la justice de proximité et de la réponse pénale* incline encore en ce sens puisqu'elle développe les alternatives aux poursuites. Le développement des fonctions du parquet en matière de criminalité organisée ou aggravée n'a plus besoin d'être souligné[43].

Plusieurs réformes ont été envisagées. L'étendue et le forme de la juridictionnalisation de l'enquête, qui a déjà commencé[44], demeure une question très ouverte, qui conduit à repenser la qualité et les droits des parties, l'office du juge (atteinte aux droits fondamentaux, contradiction, etc.), et naturellement les fonctions du ministère public, qui devraient être concentrées sur l'orientation des investigations, le déclenchement et l'exercice des poursuites. On sait qu'en 2009, par exemple, la commission "Léger"[45] proposait la transformation du juge d'instruction en "juge de l'enquête et des libertés" investi exclusivement de fonction juridictionnelle pendant une phase préparatoire unique.

En conclusion, il apparaît que le salut du parquet "à la française", dont l'indépendance véritable semble utopique, résiderait paradoxalement au siège. Son défaut d'indépendance n'est pas un problème majeur si ses fonctions sont adéquatement limitées.

---

40 En matière de géolocalisation, par exemple sa "décision" (sic) est placé sur le même plan que celle du juge d'instruction ou du juge des libertés et de la détention (art.230-33 C. proc. pén.).

41 V. not. art.495-8 C. proc. pén.

42 Art.41-2 C. proc. pén.

43 V. par exemple art.78-2-2 C. proc. pén. permettant au procureur de la République de requérir la visite de véhicules et la fouille de bagages, sans le consentement de l'intéressé, en enquête préliminaire.

44 Rappr. le développement des fonctions, pendant l'enquête, du juge des libertés et de la détention.

45 Rapport du comité de réflexion sur la justice pénale: https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/094000401.pdf.

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2021; 1: 49-66

BAŞKASI YERİNE CEZA İNFAZ KURUMUNA VEYA TUTUKEVİNE GİRME SUÇU (TCK m.291)(*)

Doç. Dr. **E. Eylem AKSOY RETORNAZ**(**)

Öz: Devletin egemenliğinin bir göstergesi olan adli fonksiyonunun gerektiği gibi işlemesi için yargı kararlarının yerine getirilmesi gerekir. Yargı kararlarının yerine getirilmemesi yargıya güvensizlik duyulmasına da neden olur. Başkası yerine ceza infaz kurumuna veya tutukevine girme, ceza yargılamasına ilişkin kararın yerine getirilmemesi sonucunu doğurarak yargı gücünü etkisiz kılacaktır. Bu nedenle, kişinin hakkında kesinleşmiş cezanın veya hükmedilen koruma tedbirinin infazından kaçmasına yardımda bulunulmasını önlemek amacıyla 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun ikinci kitabının, "Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler" başlıklı dördüncü kısmının ikinci bölümünde adliyeye karşı suçlar arasında 291. maddede başkası yerine ceza infaz kurumuna veya tutukevine girme suçuna yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Adliyeye Karşı Suçlar, Ceza Mahkumiyeti, Cezanın İnfazı, Hükümlü, Tutuklu.

OFFENSE OF ENTERING A PRISON OR DETENTION CENTRE IMPERSONATING ANOTHER

Abstract: In order for the judicial function, which is an indicator of the sovereignty of the State, to function properly, judicial decisions must be fulfilled. Failure to comply with judicial decisions also causes distrust of the judiciary. Entering a penitentiary institution or a prison on behalf of someone else will result in non-

(*) Makale Gönderim Tarihi: 01.04.2021. Makale Kabul Tarihi: 22.05.2021.

(**) Galatasaray Üniversitesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi (ORCID no: 0000-0002-4174-1775; *eaksoy@gsu.edu.tr*).

fulfillment of the decision regarding the criminal procedure, rendering the judicial power ineffective. For this reason, in order to prevent the person from being helped to escape from the execution of the final sentence or the protection measure, in the second part of the fourth section of the second book of the Turkish Penal Code No. 5237, titled "Crimes Against the Nation and the State and Final Provisions", among the crimes against the courthouse, there is another article 291. instead, the crime of entering a penitentiary institution or detention house is included.

Keywords: Offences Against the Administration of Justice, Criminal Conviction, Execution of the Sentence, Convicted Person, Detainee.

I. GENEL OLARAK

Devletin adli fonksiyonunun gereği gibi işlemesi egemenliğinin bir göstergesi olarak kabul edilmektedir[1]. Adli fonksiyonunun işlerliği yasal düzenleme konusudur[2]. Bu nedenle "*adli fonksiyonların norma aykırılığı sonucunu yaratan hukuka aykırı eylemler, devlete karşı suç kapsamında görülmektedir*"[3]. Devletin adli fonksiyonunun gerektiği gibi işlemesi, yargı kararının yerine getirilmesi hususunda bir yükümlülük ve görev yaratır[4]. Yargı kararlarının yerine getirilememesi bireyin yargıya güvensizlik duymasına neden olur. Bu çerçevede, yargı kararının, özellikle ceza yargılamasına ilişkin kararın yerine getirilmesi yükümlülüğüne aykırı eylemler yargı gücünü etkisiz kıldığı için, adliye aleyhine suçlar arasında değerlendirilmektedir[5].

Bu doğrultuda, kişinin hakkında kesinleşmiş cezanın veya hükmedilen koruma tedbirinin infazından kaçmasına yardımda bulunulmasını önlemek amacıyla[6] 5237 sayılı TCK'nın ikinci kitabının, "Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler" başlıklı dördüncü kısmının ikinci bölümünde adliyeye karşı suçlar arasında, başkası yerine ceza infaz kurumuna veya tutukevine girme suçuna yer verilmiştir.

Başkası yerine ceza infaz kurumuna veya tutukevine girme suçu TCK'nın 291. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir:

---

1 ÖZEK Çetin, "Adliyeye Karşı Suçların Hukuksal Konusu", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LV, Sayı 3, 1997, s. 17; EVİK Vesile Sonay, "Suçluyu Kayırma Suçu", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, **Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan**, C. I, 2010/1, s. 717.

2 ÖZEK, s. 17.

3 ÖZEK, s. 17.

4 ÖZEK, s. 48.

5 ÖZEK, s. 49.

6 KOCA Mahmut/ÜZÜLMEZ İlhan, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 6. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s. 983.

Madde 291- (1) Kendisini, bir hükümlünün veya tutuklunun yerine koyarak ceza infaz kurumuna veya tutukevine giren kimseye altı aydan iki yıla kadar hapis cezası verilir.

1. YTCK ile ETCK Karşılaştırması

765 sayılı TCK'da, başkası yerine ceza infaz kurumuna girme fiili ikinci kitabın, adliye aleyhinde cürümlerin düzenlendiği dördüncü babının "Suç Tasnii ve Resmi Mercileri İğfal" başlıklı ikinci faslında 284. maddede düzenlenmişti.

Her ne kadar 5237 sayılı TCK'nın 291. maddesinin, 765 sayılı TCK'nın 284'üncü maddesinde yer alan suç ile aynı şekilde sadece dil bakımından bir sadeleştirilerek düzenlendiği ifade edilse de[7], 5237 sayılı TCK'daki düzenlemenin kanuni unsuru 765 sayılı TCK'daki düzenlemeden farklılık arz etmektedir[8]. 5237 sayılı TCK'da, 765 sayılı TCK'dan farklı olarak, tutuklama koruma tedbirinin yerine getirilmesinde de başkasının yerine tutukevine girilmesine kanuni unsurda yer verilmiştir.

2. Korunan Hukuki Yarar

TCK m.291'de düzenlenen suçla, devletin adli fonksiyonlarının normal ve düzgün işleyişinin korunması amaçlanmaktadır[9]. Hakkında kesinleşmiş bir mahkûmiyet hükmü bulunan hükümlünün veya tutuklama kararı bulunan bir tutuklunun yerine bir başka kişinin geçmesiyle, adli makamlar aldatılarak, bu makamların saygınlığı zedelenmektedir[10]. Bu suçla, adli makamların itibarının

---

7 PARLAR Ali/Hatipoğlu Muzaffer, **Türk Ceza Kanunu Yorumu, C. IV**, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010, s. 4399.; AKSAN Murat, "Başkası Yerine Ceza İnfaz Kurumuna veya Tutukevine Girme Suçu (TCK m.291)", **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt IX, Sayı 2, 2019, s. 342.

8 ÜNVER Yener, **TCK'da Düzenlenen Adliyeye Karşı Suçlar, İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarından Kaçma**, 5. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s. 587; YAŞAR Osman/GÖKCAN Hasan Tahsin/ARTUÇ Mustafa, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, **C. VI**, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 8535; GERÇEKER Hasan, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, **C. II,** 5. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020, s. 2584; AKSAN, s. 339.

9 ÖZEK, s. 17; ZAFER Hamide, **Faile Yardım Suçu ve Müdafiin Bu Suçtan Sorumluluğu**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2004. s. 155-156; AKSAN, s. 342.

10 MERAN Necati, **AİHM Kararları ile İçtihatlı-Açıklamalı Basın Yoluyla ve Genel Olarak Hakaret- İftira Suçtan Kaynaklanan Malvarlığını Aklama ve Soruşturmanın Gizliliğini İhlal Suçları**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 523; PARLAR/HATİPOĞLU, s. 4400.

yanı sıra bireylerin adli makamlara olan güveni, bu makamların görevlerini gereği gibi yerine getirdiklerine ilişkin inançları da korunmaktadır[11].

TCK m.291'de düzenlenen suçla başkasının hükümlü yerine geçerek ceza infaz kurumuna girmesinin engellenmesiyle gerçekte mahkûm olan kişinin cezasının infazı da amaçlanmaktadır[12]. Bu nedenle bu suçla adil yargılanma hakkının sağlanmasına ilişkin kamusal yarar da korunmaktadır[13]. Başkası yerine ceza infaz kurumuna veya tutukevine girme suçu ile adil yargılanma hakkı da korunmaktadır[14].

II. SUÇUN UNSURLARI

1. Maddi Unsur

A. Fail

Başkası yerine ceza infaz kurumuna veya tutukevine girme suçu fail bakımından bir özellik göstermemektedir. Herkes bu suçun faili olabilir[15].

TCK m.291'de failin sıfatı cezada indirim nedeni veya şahsi cezasızlık sebebi olarak düzenlenmemiştir. Bununla birlikte, belli akrabalık ilişkilerinin yarattığı psikolojik etkilerle, failin bu suçu işleyebileceği, nitekim kendisini hükümlü veya tutuklunun yerine koyan üstsoy, altsoy, eş veya kardeş tarafından bu suçun işlenmesinin yaygın bir durum olduğu ifade edilmektedir[16]. Bu nedenle de olması gereken hukuk bakımından belli akrabalık ilişkinlerinin, en azından cezada indirim sebebi olarak düzenlenmesinin isabetli olacağı belirtilmektedir[17]. Böyle bir düzenlemenin bulunmamasının ise başkası yerine ceza infaz kurumuna veya tutukevine girme suçu bakımından *nemo tenetur* ilkesinin biçim ve hukuki sonuçlarının dikkate alınmaması sonucunu doğurduğuna dikkat çekilmektedir[18].

---

11 MERAN, s. 523.

12 AKSAN, s. 343.

13 HAFIZOĞULLARI Zeki/Özen, Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Millete ve Devlete Karşı Suçlar**, US-A Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 251.

14 YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 8535; ÜNVER, s. 587.

15 ÜNVER, s. 588; GERÇEKER, s. 2584; MERAN, s. 523; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 251.

16 ÜNVER, s. 589.

17 ÜNVER s. 589. Yazar organize suçluluk ve örgütlü suçluluğun kapsam dışı bırakılabileceğini ifade etmektedir.

18 ÜNVER, s. 589; AKSAN, s. 344.

B. Mağdur

Bazı yazarlara göre ise bu suçun mağduru adliye idaresidir[19]. Kanaatimizce adliye bu suçun mağduru değil, suçtan zarar görendir[20]. Bu suçun mağduru ise toplumu oluşturan tüm bireylerdir[21].

C. Hareket

Başkası yerine ceza infaz kurumuna veya tutukevine girme suçunun maddi unsuru, kendisini bir hükümlünün veya tutuklunun yerine koyarak ceza infaz kurumuna veya tutukevine girmektir[22].

Suç, biri ötekini gerektiren iki hareketten oluşan çok hareketli bir suç olarak düzenlenmiştir[23]. Suçun meydana gelmesi için iki hareketin yapılması gerekmektedir[24].

Birinci hareket failin kendisini hükümlü veya tutuklunun yerine koyması, kendisini gerçek hükümlü veya tutuklu gibi göstermesidir. İkinci hareket ise, ceza infaz kurumu veya tutukevine girmektir[25].

İlk hareket bakımından suç serbest hareketli bir suçtur. Fail kendisini herhangi bir şekilde hükümlü veya tutuklu yerine koyabilir. Örneğin, fail sahte nüfus cüzdanı oluşturarak, başkasına ait nüfus cüzdanına kendi fotoğrafını yapıştırarak, gerçekte hükümlü veya tutuklu olan kişinin kimlik bilgilerini kullanarak[26], saç ve sakal uzatarak, kılık kıyafetini değiştirerek veya cerrahi müdahaleyle fiziksel görünüşünü hükümlü veya tutukluya benzeterek, hükümlü veya tutuklu yerine geçebilir[27].

---

19 HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 251.

20 Aynı yönde MERAN, s. 523.

21 Aynı yönde AKSAN, s. 344.

22 ÜNVER, s. 588; MERAN, s. 523.

23 HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 251; ARTUÇ, s. 1486; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ; s. 8535; AKSAN, s. 356.

24 HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 252; ARTUÇ, s. 1486; AKSAN, s. 356.

25 Y. 8. CD, E. 2019/12712, K. 2019/11890, T. 08/10/2019, (www.kanunum.com).

26 Y. 9. Ceza Dairesi E. 2014/359, K. 2014/6183, T. 08/05/2014 (karararama.yargitay.gov.tr).

27 YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 8535 AKSAN, s. 356; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 252.

İkinci hareket ise failin, ceza infaz kurumuna veya tutukevine girmesidir[28]. İkinci hareket bakımından ise maddede suçun hangi hareket ile işlenebileceği açıkça gösterildiği için, bağlı hareketli suç olma özelliği taşır[29].

TCK m.291'de failin kendisini hükümlü ve tutuklunun yerine koyması arandığından, madde anlamında hükümlü, tutuklu, ceza infaz kurumu ve tutukevinden ne anlaşılması gerektiğinin açıklanması gerekir.

5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un (CGTİHK) 4. maddesi uyarınca infazın konusu kesinleşen mahkûmiyet hükmüdür. Bu nedenle 5271 sayılı CMK'nın 223. maddesinde hüküm çeşitleri arasında sayılan kararlardan yalnızca mahkûmiyet kararları infazın konusunu oluşturur[30]. Hapis veya adli para cezasına ilişkin hükmün kesinleşmesiyle birlikte kişi hükümlü sıfatını alır[31].

Adli para cezalarının infazının düzenlendiği CGTİHK'nın 106. maddesine göre hakkında adli para cezasına hükmedilen kişi tebliğ olunan ödeme emri üzerine belli süre içinde adli para cezasını ödemezse, Cumhuriyet savcısının kararı ile ödenmeyen kısma karşılık gelen gün miktarı hapis cezasına çevrilerek, hükümlünün iki saat çalışması karşılığı bir gün olmak üzere kamuya yararlı bir işte çalıştırılmasına karar verilir. Hükümlünün, hakkında hazırlanan programa ve denetimli serbestlik görevlilerinin bu kapsamdaki uyarı ve önerilerine uymaması hâlinde, çalıştığı günler hapis cezasından mahsup edilerek kalan kısmın tamamı açık ceza infaz kurumunda yerine getirilir. Kanun bu düzenlemeyle ödenemeyen adli para cezalarının hapis cezasına dönüştürülmesini kabul etmiş olmaktadır. 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'nun 4. maddesinde adli para cezasıyla ilgili olarak adlî sicile kaydedilecek bilgiler arasında ödenmeyen adli para cezasının tazyik hapsi suretiyle kısmen veya tamamen infaz edilmesi de yer almaktadır. Bu düzenlemeden hukukumuzda adli para cezasının hapis cezasına çevrilmesinin hukuki niteliğinin tazyik hapsi olduğu anlaşılmaktadır. Öğretide de adli para cezası yerine çektirilen hapsin bir yaptırım olarak hapis cezası değil, tazyik hapsi

---

28 "(...) *Somut olayda, sanığın, kardeşi ...'e ait kimlik bilgilerini kullanarak otelde kaldığı sırada, kolluk görevlilerince yakalanarak ceza infaz kurumuna gönderildiği anlaşılmakla, unsurları itibariyle oluşmayan suçtan beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi* (...)", Y. 8. CD. E. 2019/12712, K. 2019/11890, T. 08/10/2019, (karararama.yargitay.gov.tr).

29 HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 252; ARTUÇ, s. 1486.

30 ÖZBEK Veli Özer, **İnfaz Hukuku**, 13. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 77.

31 ÖZBEK, s. 78; ÖZGENÇ İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 16. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020, s. 844.

olduğu ifade edilmektedir[32]. Başka bir görüş ise ödenmeyen adli para cezasının hapis cezasına dönüştürülmesinin hukuki niteliğinin disiplin hapsi olduğunu belirtmektedir[33].

Mevzuatımızda ödenmeyen adli para cezasının hapis cezasına dönüştürülmesinin yanı sıra başka kanunlarda da disiplin ve tazyik hapsine ilişkin düzenlemeler bulunduğundan, kişinin kendisini, hakkında disiplin ve tazyik hapsi kararı verilen bir kişinin yerine koyarak ceza infaz kurumuna girmesinin inceleme konusu suçu oluşturup oluşturmayacağının belirlenmesi gerekir.

Disiplin hapsinin tanımı 5271 sayılı CMK'nın 2. maddesinde yapılmıştır. Söz konusu tanıma göre disiplin hapsi: "*Kısmî bir düzeni korumak amacıyla yaptırım altına alınmış olan fiil dolayısıyla verilen, seçenek yaptırımlara çevrilemeyen, ön ödeme uygulanamayan, tekerrüre esas olmayan, şartla salıverilme hükümleri uygulanamayan, ertelenemeyen ve adlî sicil kayıtlarına geçirilmeyen hapsi*" ifade eder. Yargıtay Ceza Genel Kurulu disiplin hapsinin tanımının tazyik hapsini de kapsadığı görüşündedir[34].

Öğretide bazı yazarlar disiplin hapsinin özel bir tutuklama çeşidi olduğu görüşündedirler[35]. Bazı yazarlar ise disiplin hapsinin genel tutuklama kararına tabi olmaması nedeniyle özel tutuklama olarak değil, disiplin hapsi olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedirler[36]. Bazı yazarlara göre ise, disiplin hapsini gerektiren eylem, teknik anlamda bir suç olmadığından, disiplin hapsi, hapis cezasından farklı bir hürriyeti bağlayıcı yaptırımdır[37].

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 15/12/2020 tarihli kararında tazyik hapsi kararının infazının 5275 sayılı CGTİHK ve bu CGTİHK'ya dayanılarak hazırlanan Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbir-

---

32 KOCA/ÜZÜLMEZ, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 13. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020, s. 643.

33 ÖZGENÇ, s. 875; AKBULUT Berrin, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 875.

34 YCGK, E. 2006/16HD-220; K. 2006/ 231, T. 14/11/2006, (www.kanunum.com).

35 YENİSEY Feridun/NUHOĞLU Ayşe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 8. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020, s. 382-383; ÖZBEK Veli Özer/DOĞAN Koray/ BACAKSIZ Pınar, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 13. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020, s. 288.

36 ÜNVER Yener/HAKERİ, Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku, C. II**, 15. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019, s. 824.

37 ŞAHİN Cumhur/ÖZTÜRK Neslihan, **Ceza Muhakemesi Hukuku I**, 11. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020, s. 43.

lerinin İnfazı Hakkında Yönetmelik hükümlerine göre yapıldığı ve "*ilgili mevzuat hükümlerinde haklarında tazyik hapsi kararı verilen kişilerin de hükümlü olarak ifade edildiklerinin anlaşıldığını*"[38] belirtmiştir. Nitekim Yargıtay, bir kişinin 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 76. maddesinde yer alan mal beyanında bulunmama suçu nedeniyle hakkında tazyik hapsi kararı verilen ağabeyi yerine ceza infaz kurumuna girdiği bir olayda başkası yerine ceza infaz kurumuna veya tutukevine girme suçunun oluştuğunu belirtmiştir[39].

Bununla birlikte Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2006 yılında verdiği bir kararda "*gerek disiplin hapsi gerekse tazyik hapsine ilişkin kararların, CMK'nın 223. maddesinde belirtilen "hüküm" niteliğinde olmadığını ve bunlar hakkında hükümler için öngörülen yargılama kurallarının da uygulanamayacağını*"[40] belirtmiştir. TCK m.291'de düzenlenen başkası yerine ceza infaz kurumuna veya tutukevine girme suçunun oluşabilmesi için öncelikle yerine geçilen kişinin hükümlü veya tutuklu sıfatını kazanmış olması gerekmektedir. Bu çerçevede, hüküm niteliğinde olmayan bir kararla hükümlü sıfatının kazanıldığından bahsedilemez. 5275 sayılı CGTİHK'da tazyik hapsi ya da disiplin hapsine ilişkin düzenlemeler, disiplin hapsi veya tazyik hapsinin infazının ne şekilde yapılacağına ilişkin düzenlemelerdir. Öte yandan, haklarında disiplin hapsi veya tazyik hapsi kararı verilenler hakkında hapis cezasının ertelenmesi ve koşullu salıverilme hükümleri uygulanmaz. Bu hususlar da esasen CGTİHK kapsamında bu kişilerin, haklarında bir yaptırım olarak hapis cezası infaz edilen "hükümlü"ler olarak değerlendirilmediklerinin bir göstergesidir. Bunun yanı sıra ne TCK m.291'de ne de CGTİHK'da hükümlüye ilişkin kanuni bir tanım bulunmaktadır. Kaldı ki bu suçla korunan hukuki menfaatler arasında gerçekte hakkında bir ceza yaptırımına hükmedilen kişinin cezasının infazı olduğu hususu da göz önünde bulundurulduğunda, hakkında bir disiplin hapsi veya tazyik hapsi kararı bulunan bir kişinin TCK m.291 anlamında "hükümlü" olarak değerlendirilemeyecekleri kanaatindeyiz[41].

TCK m.291'de düzenlenen suçun meydana gelmesi için failin bir ceza infaz kurumuna girmesi gereklidir. Ceza infaz kurumlarının türleri 5275

---

38 YCGK, E. 2017/1121, K. 2020/519, T. 15/12/2020, (www. kanunum.com).

39 Y. 9. CD. E. 2013/9285, K. 2014/5694, T. 08/05/2014, (www. kanunum.com).

40 YCGK, E. 2006/16.HD-220, K. 2006/231, T. 14/11/2006, (www. kanunum.com).

41 Aynı yönde AKSAN, s. 349.

sayılı CGTİHK'nın 8 ilâ 15. maddelerinde düzenlenmiştir. Ceza infaz kurumları: Kapalı ceza infaz kurumları (m.8), yüksek güvenlikli kapalı ceza infaz kurumları (m.9), kadın kapalı ceza infaz kurumları (m.10), çocuk kapalı ceza infaz kurumları (m.11); gençlik kapalı ceza infaz kurumları (m.12) ve açık ceza infaz kurumlarından (m.14) oluşmaktadır.

Öğretide, Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetim, Dış Koruma, Hükümlü ve Tutukluların Sevk ve Nakilleri ile Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesi Hakkında Protokol'ün 35. maddesinde hastanelerdeki "*hükümlü koğuşları ve servisleri, ceza infaz kurumlarının bir bölümü olarak kabul edilir ve infaz mevzuatı bu bölümlerde de uygulanır*" düzenlemesi gereği hükümlü koğuşlarının da ceza infaz kurumu olduğu, bu nedenle hükümlü koğuşlarında bulunan hükümlü veya tutuklunun yerine geçilmesinin de bu suçu oluşturacağı belirtilmektedir[42]. Biz ise bu görüşe katılmamaktayız. 5275 sayılı CGTİHK'da ceza infaz kurumlarının türleri arasında hastanelere hastanelerin hükümlü koğuşlarına ve servislerine yer verilmemektedir. TCK m.291 anlamında hastanelerin hükümlü koğuşlarının veya servislerinin ceza infaz kurumu sayılabilmesi için böyle bir düzenlemenin protokolle değil, kanunla yapılması gerekir. Aksine bir kabul suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edecektir.

TCK m.291'de hükümlünün yanı sıra tutuklunun yerine geçerek tutukevine girmek de suç olarak düzenlenmiştir. Tutuklama kavramından CMK kapsamında koruma tedbiri olan tutuklamayı anlamak gerekir[43].

Tutuklama "*suç işlediği kuvvetli şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin ve bir tutuklama nedeninin bulunması halinde şüpheli veya sanığın kaçmasını veya delilleri karatmasını önlemek amacı ile kişi özgürlüğünün kesin hükümden önce hakim kararı ile kısıtlanması*"[44]dır. Hükümlükten farkı olarak tutuklama kararının kesinleşmesi aranmamaktadır. Tutuklamada itiraz kanun yoluna başvurulması tutuklama kararının yerine getirilmesini engellemez[45].

CGTİHK'nın 111. maddesine göre tutukevleri, iç ve dış güvenlik görevlisi bulunan, firara karşı teknik, mekanik, elektronik veya fizikî engelleri olan, kanunda sayılan hâller dışında oda ve koridor kapıları sürekli olarak kapalı tutulan ve yasal zorunluluklar dışında, dışarıyla irtibat ve haberleşme

---

42 AKSAN, s. 362.

43 ÜNVER, s. 589.

44 YENİSEY/NUHOĞLU, s. 362-363.

45 ÜNVER, s. 589; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 8536; AKSAN, s. 350.

olanağı bulunmayan normal güvenlik esasına dayalı kurumlardır. Maddî olanak bulunmadığı hâllerde, tutuklular ceza infaz kurumlarının tutuklulara ayrılan bölümlerinde barındırılırlar.

Hakkında hükümle birlikte verilen tutuklama kararı bulunan başka bir ifadeyle hüküm özlü ya da hükmen tutuklu olan bir kişi yerine geçilerek ceza infaz kurumuna veya tutukevine girilmesi halinde inceleme konusu suçun oluşup oluşmayacağını da değerlendirmek gerekir. Hüküm özlü olan kişilerin fiziksel özgürlüklerinin kısıtlanmasına mahkûmiyet hükmü değil, tutuklama kararı neden olduğundan bu kişilerin hukuki statüsü tutukludur[46]. Dolayısıyla hüküm özlü bir kişinin yerine geçerek ceza infaz kurumuna veya tutukevine giren kişi, kendisini tutuklu yerine koyduğundan TCK m.291'de düzenlenen suç oluşacaktır.

Maddede hükümlü ve tutuklu ile ceza infaz kurumu ile tutukevi ifadelerinin yer alması karşısında hakkında yakalama kararı bulunan kişinin yerine teslim olunması halinde suç oluşmayacaktır[47].

Başkasının yerine ceza infaz kurumuna veya tutukevine girme suçu, icrai hareketle işlenebilen bir suçtur[48]. Bununla birlikte, örneğin, aslında gerçek hükümlü olmayan tek yumurta ikizlerinden birinin gerçek hükümlü veya tutuklu zannedilerek yakalanması ve gerçeği açıklamayarak susması ve ceza infaz kurumuna ya da tutukevine konulması halinde suçun ihmali hareketle de işlenmesinin düşünülebileceği ifade edilmektedir[49].

TCK m.291'de düzenlenen suç sırf hareket suçudur. Failin hareketinin, ayrıca bir zarar tehlikesi oluşturması ya da zararın meydana gelmesi aranmamaktadır. Bu nedenle suç, soyut tehlike suçudur[50].

Öğretide kanuni unsurda hükümlünün yerine ceza infaz kurumuna girilmesinin yanı sıra tutuklunun yerine tutukevine girilmesinin de düzenlenmesi sebebiyle suçun seçimlik unsurlu[51], seçimlik hareketli[52] bir suç olduğu belirtilmiştir. Bir diğer görüşe göre ise, seçimlik görünümündeki hareketle-

---

46 İNCİ Z. Özen., "Tutukluluk ve Hükümlülük Arasındaki Araf: Hükmen Tutukluluk ve Uygulamada Yaşanan Sorunlar", **Ceza Hukuku Dergisi**, C. IX, S. 25, Ağustos 2014, s. 106.

47 HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 252; AKSAN, s. 355.

48 HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 252.

49 AKSAN, s. 360.

50 ARTUÇ, s. 1621.

51 ÜNVER, s. 590.

52 YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 8535; ÜNVER, s. 589, 590; ARTUÇ, s. 1486.

rin peş peşe yapılması olası değildir, maddede iki ayrı suç düzenlenmektedir. Failin kendisini hükümlünün yerine koyarak ceza infaz kurumuna girmesi bir suç, failin kendisini bir tutuklunun yerine koyarak tutukevine girmesi ise ikinci bir suçtur[53].

Suç, ceza infaz kurumu veya tutukevine kabul işleminin tamamlanmasıyla tamamlanır. Cezaevine girmeyi kabul işlemlerinin tamamlanması olarak anlamak gerekir[54]. Suçun tamamlanması için failin kabul işlemlerinin tamamlanmasıyla bedensel olarak tutukevine veya ceza infaz kurumuna girmesi yeterlidir[55]; ayrıca CGTİHK m.23 uyarınca kabul işlemlerinin ardından yerleştirilmesi gerekli değildir. Kabul işlemi tamamlanmadan suçun meydana geldiğinden bahsedilemez[56].

İnceleme konusu suç ani hareketli bir suçtur[57]. Öğretide bir görüş ise failin cezaevinde kaldığı sürece ihmali davranışıyla suçun işlemeye devam ettiğini bu nedenle de suçun mütemadi suç şeklinde de işlenebileceğini belirtmektedir[58].

Kişinin kendisini hükümlü veya tutuklu yerine koymadan, ceza infaz kurumuna ya da tutukevine girmesi halinde suç oluşmayacaktır[59]. Örneğin kişinin gizlice ceza infaz kuruma veya tutukevine girmesi halinde bu suç meydana gelmez. Aynı şekilde 5275 sayılı CGTİHK'nın 83. maddesine göre hükümlüyü ziyaret edecek kişiler arasında yer almayan ve 83. maddenin 2. fıkrası uyarınca hükümlüyü ziyaret etmesine Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından yazılı olarak izin verilmeyen bir kişinin cezaevine girmesi halinde de suç meydana gelmeyecektir.

2. Manevi Unsur

Başkası yerine ceza infaz kurumuna veya tutukevine girme suçu, kasten işlenebilir[60]. Suç genel kastla işlenen bir suçtur. Failin saikinin bir önemi

---

53 HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 252.

54 Aksi görüş ise suçun tamamlanabilmesi için ceza infaz kurumu veya tutukevinin genel kısımlarına girme değil, herkesin giremediği sadece hükümlü veya tutuklulara ayrılmış kısma girilmiş olması gerektiğini belirtmektedir. YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 8537; AKSAN, s. 364.

55 GERÇEKER, s. 2584: MERAN, s. 524; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 8536; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 252; ÜNVER, s. 591.

56 MERAN, s. 524.

57 HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 252.

58 AKSAN s. 359.

59 AKSAN, s. 357.

60 ARTUÇ, s. 1486; GERÇEKER, s. 2584. "(...) *Somut olayda; 01.02.2006 tarihinde yakalandığı sırada kimliğini ibraz ettiği Hasan hakkında kesinleşmiş hapis cezası bulunduğunu öğren-*

bulunmamaktadır. Fail tutuklu veya hükümlü olmadığı ve kendisini başkasının yerine koyarak ceza infaz kurumuna veya tutukevine girdiğini bilmeli ve istemelidir[61]. Suç olası kastla da işlenebilir[62].

3. Hukuka Aykırılık Unsuru

Hukuka uygunluk sebepleri bakımından TCK m.25/2'de düzenlenen zorunluluk halinin uygulanması akla gelebilir. Örneğin, kendini ağır hasta olan, bağımlılığı bulunan veya ailenin geçimini tek başına sağlayan hükümlü yerine koyarak ceza infaz kurumuna giren kişi bakımından zorunluluk halinin uygulanması düşünülebilirse de, zorunluluk halinin söz konusu olması için muhakkak ve ağır bir tehlikenin varlığı, kişinin tehlikeye bilerek sebep olmaması ve tehlikeye karşı koyma görevinin bulunmaması gerekir. Ayrıca başka türlü korunma imkânı olmamalı, korunma ve tehlike arasında orantı da bulunmalıdır. Başka bir ifadeyle inceleme konusu suç bakımından zorunluluk halinin uygulanabilmesi için, başkası yerine ceza infaz kurumuna veya tutukevine girilmeden tehlikeden korunmanın olanaksız olması gerekir.

Yukarıda verilen örnek bakımından ağır hastalığı veya bağımlığı bulunan bir hükümlünün cezasının infazının hayatı bakımından tehlike teşkil etmesi halinde CGTİHK m.16/2 doğrultusunda söz konusu cezanın infazının geri bırakılması mümkündür. Aynı şekilde CGTİHK'nın 17. maddesinde maddede sayılan hallerde hükümlünün istemiyle cezanın infazının ertelenmesine ilişkin bir düzenleme yer almaktadır. Bu nedenle de bu ihtimallerde,

---

dikten sonra gerçek kimliğini açıkladığı halde cezaevine alınan ve bu tarihten bir gün sonra Cumhuriyet savcısına beyanda bulunarak gerçeğin ortaya çıkmasını sağlayan sanığın, kimliğini ibraz ettiği kişi yerine cezaevine girme kastıyla hareket etmediği, bu nedenle yüklenen suçun yasal unsurlarının oluşmadığı gözetilmeden, beraati yerine yazılı gerekçelerle mahkumiyetine karar verilmesi", Y. 9. CD, E. 2013/1166, K. 2013/6840, T. 02/05/ 2013, (www.kanunum.com).

61 ÜNVER, s. 590, MERAN, s. 524. "(...) *sanığın rutin kontroller sırasında, Y.'a ait kimlik bilgilerini taşıyan ve kendi fotoğrafını yapıştırmak suretiyle düzenlediği sahte nüfus cüzdanını ibraz etmesi üzerine Y.'ın infaz bekleyen hükümlülükleri nedeniyle gözaltına alınıp ceza infaz kurumuna konulduğunun anlaşılması, sanığın Y. isimli şahsı tanımadığını, suça konu nüfus cüzdanını yolda bulup tahrifen kendi resmini yapıştırmak suretiyle askerliğini yapmadığı için kullandığını savunması karşısında; gerçek kişi olduğu anlaşılan Y.'a her hangi bir suç isnadında bulunmadığı gibi, kendisini hükümlü yerine koyarak ve o kişi yerine cezaevine girdiğini bilerek ve isteyerek hareket etmediğinin anlaşılmış olması nedeniyle sanığın eylemlerinin 5237 sayılı TCK'nın 268. maddesi delaletiyle 267. maddesindeki iftira ve 291. maddesinde düzenlenen başkasının yerine ceza infaz kurumuna veya tutukevine girme suçlarını oluşturmayacağının gözetilmemesi,* (...)", Y., 11 CD, E.2010/15522, K. 2013/752, T. 16/01/2012, (www.kazanci.com).

62 ÜNVER, s. 590.

tehlikeden korunmak için başka imkanın bulunmamasından bahsetmenin mümkün olmayacağı kanaatindeyiz. Ailesinin geçimini tek başına sağlayan gerçek hükümlü veya tutuklu yerine ceza infaz kurumuna veya tutukevine giren kişi bakımından ise, korunmaya yönelik olarak ailesine sosyal yardım yapılması için yetkili makamlara başvura yapılabileceğinden zorunluluk halinden faydalanamayacaktır.

Bu nedenle bu suçta bir hukuka uygunluk sebebinin uygulanması mümkün gözükmemektedir[63].

4. Suçu Etkileyen Haller

A. Hafifletici nedenler

Başkası yerine ceza infaz kurumuna veya tutukevine girme suçu bakımından madde metninde özel bir hafifletici neden düzenlenmemiştir.

B. Ağırlaştırıcı Nedenler

Başkası yerine ceza infaz kurumuna veya tutukevine girme suçu bakımından bir ağırlaştırıcı neden de düzenlenmemiştir.

III. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

1. Teşebbüs

Başkası yerine ceza infaz kurumuna veya tutukevine girme suçu, sırf hareket suçu olduğundan kural olarak teşebbüse elverişli değildir. Bununla birlikte, icra hareketlerinin bölünebildiği hallerde sırf hareket suçları da teşebbüse uygun hale gelir. Bu kapsamda, başkası yerine ceza infaz kurumuna veya tutukevine girme suçu icra hareketleri bölünebildiği ölçüde teşebbüs hükümlerinin uygulanabilir olduğunu düşünmekteyiz.

Çok hareketli suçlarda teşebbüs tartışmalı olmakla birlikte[64], biz başkası yerine ceza infaz kurumuna veya tutukevine girme suçu bakımından ikinci hareketin icrasına başlanmadığı sürece teşebbüsün mümkün olmadığı görüşündeyiz[65].

---

63 HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 253; AKSAN, s. 372.

64 Bu tartışma için bkz. AKBULUT, s. 274.

65 Nitekim Yargıtay da "*birden çok hareketli suçlarda suç tipinde öngörülen son hareket gerçekleştirilmediği sürece fail teşebbüs aşamasına girmiş sayılamayacağı"* görüşündedir. Y., 11. CD. E. 2016/542, K. 2016/2387, T. 16/03/2016, (www.kanunum.com).

Bu çerçevede, failin ceza infaz kurumuna veya tutukevine kabul işlemleri sırasında kendisini tutuklu veya hükümlü yerine koyduğunun fark edilmesi veya ilamın veya tutuklama kararının bulunmaması sebebiyle kabul edilmeyerek tutukevine veya ceza infaz kurumuna girmesinin önlenmesi halinde suç teşebbüs aşamasında kalır[66]. Aynı şekilde daha önce bir ceza infaz kurumuna veya tutukevine kabul ve kayıt işlemi yapılmış olan failin, kendisini bir hükümlü veya tutuklu yerine koyarak ceza infaz kurumuna veya tutukevine girerken kayıt işlemleri esnasında alınan parmak izinin daha önceki kayıtlarla eşleşmesi[67] ve gerçek kimliğinin ortaya çıkması halinde de kabul işlemleri tamamlanmayacağından suç teşebbüs aşamasında kalır.

Sırf hareket suçlarında, gönüllü vazgeçme icra hareketlerinin başlamasından bitmesine kadar olan süreçte mümkündür[68]. Bu doğrultuda, sırf hareket suçu olan başkası yerine ceza infaz kurumuna veya tutukevine girme suçu bakımından gönüllü vazgeçmenin uygulanması olanaklıdır. Örneğin failin tutukevine veya ceza infaz kurumuna girmek üzereyken kendi hareketlerini yarıda kesmesi halinde fail hakkında gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanır[69].

2. İçtima

Suçun meydana gelmesi bakımından failin kendisini başkasının yerine koyması zorunlu olarak failin sahte evrak tanzim etmesini gerektirmediğinden, evrakta sahtecilik suçu bu suç tipinin içinde erimez. Fail bu suçun yanı sıra evrakta sahtecilik suçunu işlemişse gerçek içtima kuralları gereği her iki suçtan dolayı cezalandırılacaktır[70]. Failin inceleme konusu suçu işlerken sahte resmi veya özel belgeyi kullanması halinde, TCK m.212 gereği hem sahtecilik hem de TCK m.291'den dolayı ayrı ayrı cezaya hükmolunur.

---

66 ÜNVER, s. 591; GERÇEKER, s. 2584; MERAN, s. 524.

67 CGTİHK'nun 21. maddesinin 3. fıkrasına göre kuruma alınma ve kayıt işlemleri esnasında tanıya yönelik olarak hükümlülerin parmak ve avuç içi izleri alınır. Kayıt altına alınan bu bilgiler hükümlünün kişisel dosyasında saklanır. 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 28. maddesinde kişisel verilerin soruşturma, kovuşturma, yargılama veya infaz işlemlerine ilişkin olarak yargı makamları veya infaz mercileri tarafından işlenmesi Kanun hükümlerinin uygulanmayacağı istisnalar arasında yer almaktadır. CGTİHK'da bu bilgilerin yok edilmesine ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır.

68 ARTUK M. Emin/GÖKCEN Ahmet/YENIDÜNYA Caner, **Türk Ceza Kanunu Şerhi C. I**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 1194.

69 ÜNVER, s. 591.

70 ÜNVER, s. 591; MERAN, s. 525; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 8537-8538; GERÇEKER, s. 2584.

Yargıtay, kamu görevlisine yalan beyanda bulunmanın, başkası yerine ceza infaz kurumuna girme suçunun öğesi olduğunu, bu nedenle failin sadece TCK'nın 291. maddesi uyarınca cezalandırılması gerektiği görüşündedir. TCK m.206'da düzenlenen resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan suçu bakımından beyanı alan kamu görevlisinin beyanın doğruluğunu araştırma yükümlülüğünün bulunması halinde, salt yalan beyanda bulunmak, resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan suçunu oluşturmaz[71]. Ceza infaz kurumuna veya tutukevine kabul ve kayıt işlemleri esnasında ceza infaz personelinin denetim yükümlülüğü söz konusu olduğundan, kendisini hükümlü veya tutuklu yerine koyarak ceza infaz kurumuna giren kişinin salt yalan beyanıyla TCK m.206'da düzenlenen suç meydana gelmeyecektir[72].

Failin aynı suç işleme icrası kapsamında birden fazla kez kendini hükümlü veya tutuklu yerine koyarak ceza infaz kurumuna veya tutukevine girmesi halinde TCK m.43/1 uyarınca zincirleme suç söz konusu olur[73].

Öğretide bir görüşe göre ise bu suçta bileşik suç, zincirleme suç ve fikri içtima hükümleri uygulanmaz[74].

3. İştirak

TCK m.291'de yer alan suça iştirakin her türü mümkündür[75]. Örneğin başkası yerine ceza infaz kurumuna veya tutukevine girme suçunu işleme hususunda henüz bir düşüncesi olmayan kişide, bir başkası tarafından maddi bir menfaat sağlanacağı, kendisi ceza infaz kurumu veya tutukevindeyken ailesinin ihtiyaçlarının karşılanacağına ilişkin ifadelerle suç işleme kararının oluşturulması halinde, TCK m.38 uyarınca azmettirme söz konusu olacaktır[76].

---

71 GÖKCEN Ahmet, **Belgede Sahtecilik Suçları (TCK m.204-212)**, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 408.

72 ÜNVER, s. 591; AKSAN, s. 380.

73 MERAN, s. 525; AKSAN, s. 382.

74 HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 253.

75 ÜNVER, s. 591; MERAN, s. 524; GERÇEKER, s. 2584.

76 "(...) *sanığa yükletilen başkası yerine ceza infaz kurumuna girmeye azmettirme eylemiyle ulaşılan çözümü haklı kılıcı zorunlu öğelerinin ve bu eylemin sanık tarafından işlendiğinin Yasaya uygun olarak yürütülen duruşma sonucu saptandığı, bütün kanıtlarla aşamalarda ileri sürülen iddia ve savunmaların temyiz denetimini sağlayacak biçimde ve eksiksiz sergilendiği, özleri değiştirilmeksizin tartışıldığı, vicdani kanının kesin, tutarlı ve çelişmeyen verilere dayandırıldığı; böylece olaylara ilişkin sorunlarda gerekçenin yeterli bulunduğu* (...)", Y. 4. CD., E. 2011/3319, K. 2011/6973, T. 25/05/2011, (www.kanunum.com).

IV. YAPTIRIM VE YARGILAMA

1. Yaptırım

TCK m.291 hükmündeki suçun cezası altı aydan iki yıla kadar hapis cezasıdır. Başkası yerine ceza infaz kurumuna veya tutukevine girme suçuna ilişkin hapis cezasının alt sınırı altı ay olduğundan TCK'nın 50. maddesi kapsamında seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesi mümkündür. Ancak bu kısa süreli hapis cezasının adli para cezasına çevrildiği hallerde de TCK'nın 53. maddesi kapsamında belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma tedbirinin uygulanması gerekmektedir.

2. Yargılama

Başkası yerine ceza infaz kurumuna veya tutukevine girme suçunun kovuşturulması ve soruşturulması şikâyete tabi değildir.

5235 sayılı Adlî Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 11. maddesi uyarınca TCK m.291'de düzenlenen suçu kovuşturmayla görevli mahkeme asliye ceza mahkemesidir.

TCK m.291'de düzenlenen suçun üst sınırı iki yıl hapis cezası olduğundan CMK m.251/1 uyarınca basit yargılama usulünün uygulanmasına karar verilebilir.

KAYNAKÇA

AKBULUT Berrin, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet Yayınevi, 6. Baskı Ankara, 2019.

AKSAN Murat, "Başkası Yerine Ceza İnfaz Kurumuna veya Tutukevine Girme Suçu (TCK m.291)", **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt IX, Sayı 2, 2019, s. 335-404.

ARTUÇ Mustafa, **Pratik Türk Ceza Kanunu**, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

ARTUK M. Emin / GÖKCEN Ahmet / YENIDÜNYA Caner, **Türk Ceza Kanunu Şerhi C. I**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

EVİK Vesile Sonay, "Suçluyu Kayırma Suçu", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan**, C. I, 2010/1, s. 717- 747.

GERÇEKER Hasan, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, C. II, 5. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020.

GÖKCEN Ahmet, **Belgede Sahtecilik Suçları (TCK m.204-212)**, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.

HAFIZOĞULLARI Zeki / ÖZEN, Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Millete ve Devlete Karşı Suçlar**, US-A Yayıncılık, Ankara, 2016.

İNCİ Z. Özen, "Tutukluluk ve Hükümlülük Arasındaki Araf: Hükmen Tutukluluk ve Uygulamada Yaşanan Sorunlar", **Ceza Hukuku Dergisi**, C. IX, Sayı 25, Ağustos 2014, s. 103-123.

KOCA Mahmut / ÜZÜLMEZ İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 13. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020.

MERAN Necati, **AİHM Kararları ile İçtihatlı-Açıklamalı Basın Yoluyla ve Genel Olarak Hakaret-İftira Suçtan Kaynaklanan Malvarlığını Aklama ve Soruşturmanın Gizliliğini İhlal Suçları**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.

ÖZBEK Veli Özer, **İnfaz Hukuku**, 13. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021.

ÖZBEK Veli Özer / DOĞAN Koray / BACAKSIZ Pınar, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 13. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020.

ÖZEK Çetin, "Adliyeye Karşı Suçların Hukuksal Konusu", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası,** C. LV, Sayı 3, 1997, s. 13-50.

ÖZGENÇ İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 16. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020.

PARLAR Ali / HATİPOĞLU Muzaffer, **Türk Ceza Kanunu Yorumu,** C. IV, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010.

ŞAHİN Cumhur / ÖZTÜRK Neslihan, **Ceza Muhakemesi Hukuku I**, 11. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020.

ÜNVER Yener, **TCK'da Düzenlenen Adliyeye Karşı Suçlar, İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarından Kaçma**, 5. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.

ÜNVER Yener / HAKERİ, Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku, C. II**, 15. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019.

YAŞAR Osman / GÖKCAN Hasan Tahsin / ARTUÇ Mustafa, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, C. VI, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.

YENİSEY Feridun / NUHOĞLU Ayşe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 8. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020.

ZAFER Hamide, Faile **Yardım Suçu ve Müdafiin Bu Suçtan Sorumluluğu**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2004.

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2021; 1: 67-117

LA SECURITE HUMAINE COMME CAUSE FINALE DE LA SOCIETE POLITIQUE(*)

Prag. Dr. (Doç. Dr.) **Hakkı Hakan ERKİNER**(**)
Dr. **Emerant Yves Omgba AKOUDOU**(***)

Résumé: Depuis son apparition dans les affaires internationales dans les années 1990, le concept de sécurité humaine a suscité un grand intérêt dans les milieux universitaires et politiques. Diverses conceptions ont été avancées et ont reçu une forme concrète. Ce débat se poursuit car l'insécurité humaine n'a pas pour autant cessée d'être une expérience quotidienne quelque part dans le monde, ce qui peut d'ailleurs signaler un certain décalage entre la théorie et la réalité. Cet article est une contribution à la fois à la compréhension de la sécurité humaine et au sens général de sa satisfaction en rapport avec la société politique. Précisément, dans une perspective essentialiste, elle avance une conception naturaliste de la sécurité humaine, lui permettant de se présenter comme une loi de la nature. Ainsi, elle se rend compte comme ordre naturel humain impliquant inévitablement la conservation. En conséquence, la sécurité humaine se présente comme la loi naturelle de la société politique, c'est-à-dire la cause finale, ou bien le fondement et la finalité de la société politique. Cette conception essentialiste de la sécurité humaine se vérifie en fondant une lecture nouvelle de l'animalité politique de l'homme, soutenue par une lecture nouvelle des philosophies contractualistes qu'elle fonde également.

Mots clés: Sécurité Humaine, Société Politique, Nature Humaine, Ordre Naturel, Droit Naturel.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 01.04.2021. Makale Kabul Tarihi: 26.04.2021.

(**) Professeur Agrégé du Droit International Public, Faculté de Droit de l'Université de Marmara Département de Droit International
(ORCID no: 0000-0002-0779-6414; *herkiner@marmara.edu.tr*; *hherkiner@gmail.com*).

(***) Docteur du Droit International Public
(ORCID no: 0000-0003-4960-1096; *emerant.akoudou@marun.edu.tr*; *oemerantyves@gmail.com*).

HUMAN SECURITY AS FINAL CAUSE OF POLITICAL SOCIETY

Abstract: Since its advent in international affairs in the 1990s the concept of human security has been subject to a great interest within the academia and political milieus. Various conceptions of it were advanced and received some concrete form. This debate is ongoing as human insecurity has not so far ceased to be some daily experience in some part of the world, which moreover can point out a certain gap between theory and reality. This paper is a contribution both to the understanding of human security and the general sense of its satisfaction related to political society. Precisely, from an essentialist perspective, it advances a naturalistic conception of human security, which enables it to stand as a law of nature, better accounting for the human natural order inescapably implying conservation. That way, it stands as (natural) law of political society, that is to say, the final cause, or the foundation and finality of political society. This essentialist conception of human security enables a new reading of the Man's political animality, supported, at its behalf, by a new reading of contractualist philosophies.

Keywords: Human Security, Political Society, Human Nature, Natural Order, Natural Law.

SİYÂSÎ TOPLUMUN NİHÂÎ NEDENİ OLARAK İNSAN GÜVENLİĞİ

Öz: 1990'larda uluslararası ilişkilerde ortaya çıkışıyla beraber insan güvenliği kavramı akademik ve siyâsî çevrelerde büyük ilgi uyandırmıştır. Çeşitli teoriler ortaya atılmış ve bu kavrama somut bir şekil verilmiştir. Bu tartışma hâlâ devam etmektedir çünkü insanın güvensizliği dünyanın herhangi bir yerinde günlük bir deneyim olmaktan hâlâ çıkmadı ve bu durum teori ile gerçeklik arasında belirli bir boşluğa işâret etmekte. Bu makale, insan güvenliği kavramını incelemeyi ve bu kavramın siyâsî topluma ilişkin genel anlayışa bir katkı sunmasını amaçlamaktadır. Makale özcü bir bakış açısıyla, kendisini bir doğa kanunu olarak sunduğu doğalcı bir insan güvenliği anlayışı ileri sürmektedir. Dolayısıyla eldeki makaleye göre, insan güvenliği kavramı insanı korumayı içeren doğal insan düzenini somutlaştırmaktadır. Bu doğal gereksinimi karşılama ihtiyacıyla insan güvenliği siyasal toplumun nihâî nedeni ve amacı olarak sunulmaktadır. Böylelikle insan güvenliğinin doğalcı anlayışı, insanın politik hayvansallığının ve sözleşmeci felsefelerin yeni okumalarının temelidir.

Anahtar Kelimeler: İnsan Güvenliği, Siyasal Toplum, İnsan Doğası, Doğal Düzen, Doğal Hukuk.

INTRODUCTION

Le concept de sécurité dans les relations internationales est passé d'un modèle centré sur l'Etat à un modèle centré sur l'individu. Après les traités de Westphalie, l'arène internationale a été considérée comme une entité composée d', comme des éléments naturels. Par conséquent, la paix dans cet espace n'était envisagée qu'en termes de sécurité de l'Etat et donc de protection de la souveraineté des Etats. Cet état de fait a traversé les deux guerres mondiales et s'est poursuivi jusqu'à la fin de la guerre froide. Bien que le souci international des préoccupations de l'individu ait été inscrit dans la Charte des Nations Unies et dans les instruments relatifs aux droits de l'homme qui en ont découlé, la sécurité humaine est devenue une préoccupation internationale au cours des années 1990. En fait, l'attention de l'insécurité s'est déplacée sans équivoque des Etats vers les individus. Il ne s'agit plus seulement d'Etats menacés de l'extérieur par d'autres, mais aussi de populations civiles menacées lors de crises internes soit par leurs dirigeants, soit par des groupes armés organisés ou par la nature. La paix et la sécurité internationales ont ainsi été étendues aux individus. Avant la publication du rapport de 1994 du Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD) sur le développement humain, l'élan en faveur de la sécurité humaine était évident. Ce rapport est donc venu faire écho à cette tendance. Jusque-là, la sécurité humaine a fait l'objet d'une réflexion abondante.

La conception de la sécurité dans les relations internationales a connu une évolution d'un modèle centré sur l'Etat vers un modèle centré sur l'individu. En effet, avec les traités de Westphalie l'espace international a été considéré comme composé d'acteurs naturels que sont les Etats. En conséquence, une paix dans cet espace n'était envisagée qu'en termes de sécurité étatique et donc de protection de la souveraineté des Etats. Cet état de fait a traversé les deux guerres mondiales et s'est poursuivi jusqu'à la fin de la guerre froide. Bien que la prise en compte des préoccupations de l'individu sur le plan international ait été consacrée dans la charte des Nations Unies et les textes de droits de l'homme subséquents, la sécurité humaine s'est affirmée comme une préoccupation internationale dans les années 1990. En effet, l'attention de l'insécurité s'est déplacée de façon non équivoque des Etats vers les individus. Il ne s'agissait plus seulement d'Etats menacés de l'extérieur par d'autres, mais aussi des populations civiles menacées au cours des crises internes soit par leurs gouvernants, soit par les groupes armés organisés, soit de la nature. La Paix et la Sécurité internationales ont été ainsi été étendues aux individus. En effet, par de

nombreuses résolutions, le conseil de Sécurité autorisait des interventions en Irak, en Bosnie en Somalie afin de protéger la dignité des populations sérieusement atteinte par la répression. Avant l'intervention du Rapport du Programme des Nations Unies pour le Développement (PNUD) de 1994 sur le Développement Humain, l'élan en faveur de la sécurité humaine était bien manifeste. Ainsi, ce rapport est venu donner de l'écho à cette tendance. Le rapport sur le développement humain du PNUD, intitulé "*Les nouvelles dimensions de la sécurité humaine*", introduit officiellement la notion de sécurité humaine au sein du système des Nations Unies et l'appréhende de façon large. Dans la résolution 66/290 de l'Assemblée générale des Nations Unies, les Etats membres ont adopté une appréhension commune de la notion de sécurité humaine. Comme sa devancière issue du rapport du PNUD de 1994, cette définition consensuelle est globale et intégrée.

Plus généralement, la sécurité humaine a été définie selon trois approches ou conceptions: large, restreinte et hybride. Selon la conception large, la sécurité humaine inclut l'ensemble des menaces mettant en danger l'épanouissement des individus. Elle concerne la vulnérabilité humaine dans toutes ses dimensions et donc englobe les menaces de toutes sortes sans tenir compte du degré de gravité. Il s'agit de protéger l'essentiel vital de tout être humain et donc de lui garantir une vie à l'abri du besoin et de la peur. Cela tendrait alors à le rapprocher du concept de développement humain.[1] La conception restreinte n'embrasse pas toutes les menaces éventuelles de la sécurité humaine, mais se

---

[1] PROGRAMME DES NATIONS UNİES POUR LE DEVELOPPEMENT, **Rapport mondial sur le développement humain 1994**, Paris, Economica, Chapitre 2 intitulé "Les nouvelles dimensions de la sécurité humaine", 1994; NATIONS UNIES ASSEMBLEE GENERALE, **Résolution adoptée par l'Assemblée générale le 10 septembre 2012** [sans renvoi à une grande commission A/66/L.55/Rev.1 et Add.1)] A/RES/66/290 66/290, Suite donnée au paragraphe 143 sur la sécurité humaine du Document final du Sommet mondial de 2005, 25 octobre 2012; UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, **Resolution adopted by the General Assembly on 10 September 2012** [without reference to a Main Committee (A/66/L.55/Rev.1 and Add.1)], Follow-up to paragraph 143 on human security of the 2005 World Summit Outcome, A/RES/66/290 66/290, 25 October 2012; COMMISSION ON HUMAN SECURITY, **Human Security Now: Final Report**, New York, Commission on Human Security, 2003; FUKUDA-PARR Sakiko, MESSINEO Carol, **Human Security: A critical review of the literature**, Centre for Research on Peace and Development, Working Paper n. 11, KU Leuven, January, 2012; NEF Jorge, "Human Security, Mutual Vulnerability and Sustainable Development: A Critical View", **The Whitehead Journal of Diplomacy and International Relations**, vol. 7, n. 1, Winter-Spring 2006, pp. 55-73; LEANING Jennifer, ARIE Sam, **Human Security: A Framework for Assessment in Conflict and Transition**, Prepared for US AID, Tulane Complex Emergency Response and Transition Initiative (CERTI), Tulane University, December 2000; ACHARYA Amitav, "Human Security: East versus West", **International Journal**, vol. 56, n. 3, 2001, pp. 442-460.

focalise sur les menaces les plus violentes, particulièrement la violence politique organisée.[2] Les partisans de cette définition défendent l'opérationnalité immédiate de celle-ci en comparaison à la définition large qui nécessite un plan stratégique de développement à très long terme.[3] La conception hybride enfin vise la réconciliation des deux premières conceptions sur le seuil de gravité. Ainsi, il s'agirait de prendre en considération juste les menaces les plus graves. Alors, la sécurité viserait à traiter des menaces qui présentent un niveau de gravité élevé quel que soit le domaine dans lequel elles rentreraient.[4] La définition hybride de la sécurité humaine a l'avantage de trouver l'équilibre entre les définitions large et restreinte en déterminant un critère rendant les initiatives de sécurité humaine plus pratiques.

A la suite de ces conceptions, nous pensons qu'une autre compréhension de la sécurité humaine est possible, en abordant la relation qu'elle peut entretenir avec la société politique. En effet, c'est un truisme que la sécurité humaine n'a son sens qu'au sein d'une société politique, dans laquelle elle est censée être satisfaite. Mettre l'accent sur cette relation éclairera ainsi une nouvelle manière d'appréhender à la fois la sécurité humaine et la société politique en vue d'une meilleure satisfaction de la première. Alors, nous postulons que la sécurité humaine se présente comme la loi naturelle de la société politique. Une telle relation est ontologique, c'est-à-dire que la sécurité humaine est la cause finale de la société politique.

Selon Aristote, les choses qui existent par nature[5] se distinguent de celles des autres choses en ce que chacune d'elle dispose en elle-même de principes variés de changement et de résistance au changement, des principes qui sont des causes intrinsèques de son développement formel (causes formelles) et son rôle dans la nature (sa cause finale). De tels principes sont distincts des genres variés

---

2 HUMAN SECURITY NETWORK, http://www.humansecuritynetwork.org/network-f.php (26.03.2021); FUKUDA-PARR, MESSINEO, ibid.; AXWORTHY Lloyd, "Human Security and Global Governance: Putting People First", **Global Governance**, 2001, vol. 7, n. 1, pp. 19-23.

3 LIOTTA Peter Hearns, OWEN Taylor, "Why Human Security?", **The Whitehead Journal of Diplomacy and International Relations**, vol 7, n. 1, Winter-Spring 2006, pp. 37-54.

4 OWEN Taylor, "Human security. Conflict and Consensus: Colloquium Remarks and Proposal for a Threshold-Based definition", **Security Dialogue**, vol. 35, n. 3, September 2004, pp. 373-387; ESTRADA-TANCK Elena Dorothy, **Human Security and Human Rights under International Law: Crossroads and Possibilities**, European University Institute, 2010, http://www.operationspaix.net/DATA/DOCUMENT (26.03.2021).

5 Dans la catégorie des existants par nature on relève les animaux et leurs parties, les plantes et les éléments desquels tous les corps terrestres et célestes sont ultimement composés.

de choses qui existent par nature et sont définitifs à eux: ils constituent leurs essences.[6] L'essentialisme aristotélien releva que les choses matérielles de genre donné se distinguent les uns des autres par les substances qui les composent (leurs causes matérielles), leurs formes, tailles, textures (leurs causes formelles), ce qui les amène à l'existence (leurs causes efficientes), les buts pour lesquels ils existent (leurs causes finales).[7] Aristote considère la cause finale comme étant celle pour laquelle la chose est ou existe. Ainsi toute chose a une fin qui fonde sa nature. Les choses n'existent que pour une finalité qui rend compte de leur nature. Les causes finales comportent essentiellement un dessein et les explications données en ces termes sont dit téléologiques c'est-à-dire rendent compte du but pour lequel la chose est ce qu'elle est.[8]

Cependant, mieux comprendre Aristote exige de faire une différence entre son *telos* (*τέλος*) et le rôle fonctionnel des choses car la finalité d'une chose qui existe par nature n'est jamais accidentelle. En effet, Aristote postule que toute chose qui existe par nature a un *telos* qui appartient à son essence. Tout ce qui arrive, arrive soit par hasard, soit pour une fin. Or, les choses qui arrivent en dehors de l'intention d'une fin sont considérées comme arrivant par hasard. Cependant, il est impossible que les choses qui se produisent dans tous les cas ou dans la plupart des cas se produisent par hasard. Par conséquent, ces choses se produisent pour le bien de quelque chose. Ainsi, tout ce qui se produit par nature se produit pour quelque chose. Les choses qui arrivent naturellement sont faites pour aboutir à une fin. Par conséquent, elles sont disposées à être, à fonctionner, en vertu de cette fin. Et ainsi la nature poursuit une fin, c'est-à-dire que la nature est naturellement disposée à une fin.[9] Par conséquent, le *telos* de tout ce qui existe par nature existe indépendamment de tout le reste. Il postule en outre que le but ultime de toute recherche philosophique est de connaître le *telos* des choses: les raisons de leur existence. En ce sens, la cause finale est la plus élevée de toutes les causes.[10]

---

6 ELLIS Brian, **The Philosophy of Nature, A Guide to the New Essentialism**, Acumen Publishing Limited, Chesham, 2002, p. 10.

7 Ibid.

8 ELLIS, ibid.; TANZELLA-NITTI Giuseppe, "The Aristotelian-Thomistic Concept of Nature and the Contemporary Debate on the Meaning of Natural Laws", **Acta Philosophica**, n. 6, 1997, p. 8.

9 TANZELLA-NITTI, op. cit. pp. 9-10.

10 ELLIS, op. cit. p. 12.

Il faut noter que cette appréhension du concept de cause finale fait partie de l'essentialisme d'Aristote qui, comme la plupart des théories essentialistes, se focalise sur les propriétés essentielles des choses pour rendre compte de la réalité constitutive des choses.[11] Ainsi, interpeller le concept de cause finale pour rendre compte de la relation entre la sécurité humaine et la société politique caractérise notre position d'essentialiste. En effet, entreprendre de rendre compte des choses et de leur fonctionnement en référence à leurs propriétés intrinsèques ou à leurs constituants les plus fondamentaux est une approche réaliste et scientifiquement solide. Les propriétés essentielles sont des réalités incontestables qui sont à la base de toutes choses. Il ne s'agit donc pas d'une entreprise de création qui dépendrait de la subjectivité de l'auteur, mais d'un existant objectif. Ainsi, postuler que la sécurité humaine est la cause finale de la société politique, c'est postuler une relation ontologique entre les deux, ce qui revient en définitive à penser la sécurité humaine comme contribuant à une compréhension essentialiste de la société politique.

Cela ne peut manquer d'informer, en passant, la relation entre la sécurité humaine et la nature humaine, car c'est celle-ci qui est indubitablement au centre du fait politique. Précisément puisqu'il ne saurait exister de société politique sans Hommes, dont la nature est donc humaine, la sécurité humaine ne peut alors être qu'une réalité de la nature humaine. Si donc, la sécurité humaine se présente comme la cause finale de la société politique, alors, elle se présente comme rendant mieux compte de la nature humaine. En d'autres termes, ce n'est que dans l'état de sécurité que la nature humaine revêt toute sa signification. La sécurité humaine est donc l'état consubstantiel de la nature humaine et la signifie dans sa réalité. La nature humaine est une nature physique et rationnelle. Cette double dimension de l'homme est naturellement ordonnée et fonctionne à sa manière et l'état de sécurité est l'indicateur de son ordre, c'est-à-dire que lorsque le les composantes physiques et rationnelle, dans leur unité sont en ordre et fonctionnent comme ils le devraient essentiellement, l'homme est en état de sécurité. La sécurité humaine incarne ainsi et rend compte de la nature humaine dans son état réel. L'Homme n'est Homme que dans l'état de

---

[11] Essentialism "*in general may be characterized as the doctrine that (at least some) objects have (at least some) essential properties.*" ATKINS Philip, "Essential vs. Accidental Properties", **Stanford Encyclopedia of Philosophy**, First published Tuesday April 29, 2008; substantive revision Monday April 18, 2016, https://plato.stanford.edu/entries/essential-accidental (26.03.2021).

sécurité humaine. Ainsi, dans toute situation où serait opposée à cette nature un ordre ou un état contraire à ce qui est intrinsèquement requis, l'état qui en résulterait est simplement une insécurité intolérable, par le fait même de cette nature. Il ne s'agit donc pas seulement d'être un être humain, mais d'être en sécurité. À notre avis, la référence au sens étymologique devrait suffire à justifier cela. En effet, le mot "sécurité" vient du latin "*securitas*" qui signifie "sans souci". Ainsi, la sécurité fait référence à un état d'absence de souffrance ou d'absence de douleur. Cette appréhension de la sécurité est négative en ce qu'elle met l'accent sur quelque chose qui n'est pas ou tout simplement une absence. Au contraire, de manière positive, le concept de sécurité fait référence à un état de bien-être. Cette définition étymologique de la sécurité, appliquée à la nature humaine, saisit la sécurité humaine comme déterminant l'ordre essentiel de cette nature. Dans ce sens, la définition large de la sécurité humaine du rapport du PNUD de 1994, qui résume la sécurité humaine à l'absence de peur et à l'absence de besoin, est conforme à notre postulat parce que ces deux éléments signifient simplement un état de bien-être humain. Ainsi, puisque l'insécurité humaine ne saurait être considérée comme rendant compte de la nature humaine, seule la sécurité humaine le peut. Celle-ci incarne ainsi l'ordre naturel humain, ce qui fait d'elle une loi de la nature, c'est-à-dire un état de fait, un état de fonctionnement, un état de réalité, précisément de nature humaine, dans ce contexte.

Cela confirme bien le sens de la tendance naturelle de l'homme consensuellement connue qu'est la conservation, très tôt relevée par Aristote.[12] Selon le Dictionnaire, la conservation c'est l'action de maintenir hors de toute altération, dans le meme état. C'est l'action de garder intact, action de garder, de défendre, de s'opposer à tout changement d'état.[13] Ainsi, si la nature humaine est vouée à la conservation, elle confirme que seul l'état

---

[12] ABEL Donald, **Theories of human nature: Classical and contemporary readings**, New York: Mcgraw-Hill, 1992; Loptson P., **Theories of human nature**, Peterborough: broadview, 3rd Ed. 2006; COURNARI Laurent, "Aristote, Commentaire du livre IV des Politiques", **Philopsis**, éditions numérique, http://www.philopsis.fr (26.03.2021); CHENET François Xavier, "KANT, Philosophie pratique, Métaphysique des mœurs, Critique de la raison pratique", **Philopsis**, éditions numériques, 2008, http://www.philopsis.fr (26.03.2021); NIETZSCHE Friedrich, **La volonté de puissance**, 2 tomes, Gallimard, Paris, 1995.

[13] CENTRE NATIONAL DE LA RECHERCHE SCIENTIFIQUE (CNRTL), **Dictionnaire sur PC Ortolang du Centre National de la Recherche Scientifique**, comprenant les dictionnaires de l'Académie française jusqu'à la 9ème édition, http://www.cnrtl.fr (31.03.2021).

de sécurité qui lui est consubstantiel en rend mieux compte. Cela implique pour l'Homme de continuer ou de rester en permanence dans cet état. Cela est une confirmation de sa nature. Toute attitude contraire à la conservation ne peut signifier qu'une seule chose: la ruine, qui conduit progressivement à la nullité, et la cause simple de cela ne peut se résumer qu'à l'insécurité.

Toutes ces considérations nous permettent, dans une perspective essentialiste, d'aborder la sécurité humaine, à la fois comme ordre finalisé et finalitaire de la nature humaine. En tant qu'ordre finalisé, la sécurité humaine est un existant, qui n'a plus besoin d'être créé, ni réalisé, puisqu'elle est déjà réelle, et c'est pourquoi elle nécessite la conservation. La conservation n'est possible qu'en rapport à un existant, car on conserve quelque chose qui existe déjà. De plus, si la conservation implique la permanence de la chose sur laquelle elle porte, alors ce n'est pas tout mais précisément cette chose, qui est dans ce cadre, l'état consubstantiel à la nature humaine. En tant qu'ordre finalitaire, la sécurité humaine, est un besoin constant de la nature humaine, qui implique pour celle-ci le besoin permanent d'être confirmée dans cet état par lequel elle est nécessairement elle-même. Ce que justifie à nouveau la tendance naturelle de l'homme à la conservation.

Dans cette logique, si la sécurité humaine est la cause finale de la société politique, cela signifie que la raison fondamentale pour laquelle la société politique existe est simplement la satisfaction ou la garantie de la satisfaction de la sécurité humaine. En d'autres termes, la sécurité humaine constitue le fondement et la finalité de la société politique. Dans ce sens, la sécurité humaine est la loi naturelle de la société politique, car elle rend compte du sens général de la société politique.

S'appuyer sur la sécurité humaine comme cause finale de la société politique exige que le lien entre la sécurité humaine et la société politique soit clairement établi. D'un point de vue essentialiste, à notre avis, ce lien n'est établi que sur la base de trois types de réalités naturelles inclusives: la nécessité individuelle de la conservation, la multitude d'individus et la nécessité des ressources naturelles pour la conservation humaine. Ainsi, les Hommes sont tenus de se conserver en présence d'une multitude d'êtres humains, par le biais des ressources de la nature. Sur la base de ces trois exigences naturelles, la sécurité humaine en tant qu'ordre essentiel de la nature humaine implique automatiquement que la sécurité humaine soit la cause finale de la société politique. Elles permettent alors de postuler, au

sens d'Aristote, que l'homme est naturellement un animal politique. Nous expliquerons le sens de ce postulat en nous référant à la conception d'Aristote, cependant en la considérant dans le sens d'une implication logique de la sécurité humaine. En d'autres termes, nous concevrons l'animalité politique de l'homme selon l'ordre essentiel de la nature humaine représenté par la sécurité humaine, ce qui impliquera, afin de mieux saisir cette réalité, parfois une démarcation de la position aristotélicienne, et une lecture nouvelle, des philosophies contractualistes de Thomas Hobbes et John Locke. Ainsi, la sécurité humaine comme cause finale de la société politique implique de concevoir progressivement l'animalité politique de l'homme d'une nature naturelle (I) à une nature culturelle (II). Ces concepts seront tour à tour clarifies.

I. L'ANIMALITE POLITIQUE DE L'HOMME: UNE NATURE NATURELLE

L'animalité politique de l'homme comme une nature naturelle est une conséquence de la relation entre la sécurité humaine et la nature humaine, la premiere rendant mieux compte de seconde. Il s'agit par le concept de nature naturelle de signifier que l'ordre naturel humain que rend compte la sécurité humaine est une réalité ou un état d'affaires qui ne se réalise plus mais qui se confirme au regard de sa vocation à la permanence. Ainsi dans cette logique, l'ordre naturel et le vécu humain sont plus ou moins en phase. Nous allons le ressortir en nous appesantissant sur deux substances: la substance de la relation ontologique entre la sécurité humaine et la société politique (1) et la substance de la compréhension de cette relation par l'homme (2).

1. La Substance De La Loi De Sécurité Humaine Comme Loi De La Société Politique

Pour rendre compte de l'animalité politique de l'homme au titre d'une nature naturelle, la sécurité humaine en tant que loi de la société politique se vérifie comme une implication logique de la sécurité humaine comme loi de la nature humaine (A) et par le fait de la société embryonnaire que constitue la famille (B).

A. La Sécurité Humaine Comme Cause Finale De La Société Politique: Une Implication Logique De La Sécurité Humaine Comme Ordre De La Nature Humaine

La sécurité humaine, dans une perspective essentialiste, représente l'état consubstantiel à la nature humaine. Il s'agit de de la disposition essentielle de la nature humaine, rendant compte de l'ordre naturel humain. Cet état de bien-être nécessite, du fait de sa vocation à la permanence, la conservation ou la confirmation. Dans ce sens, la sécurité humaine constitue le fondement et la finalité de toute action humaine. Cela dit, si la sécurité humaine nécessite la conservation, nous pouvons légitimement admettre que celle-ci ne saurait s'entreprendre dans tous les sens ou n'importe comment, par ce que cela entrainerait d'inclure, parmi les moyens de conservation, ceux qui conduiraient à l'insécurité humaine. Par conséquent, la conservation implique nécessairement un ordre de moyens adéquat qui peut conduire permanemment à la satisfaction de la sécurité humaine.

Ainsi, selon Johann Gustav Droysen, "*sans aucun doute, nous ne comprenons complètement ce qui est que lorsque nous reconnaissons et nous expliquons clairement comment cela s'est produit. Mais comment cela est arrivé, nous ne le reconnaissons que si nous enquêtons et comprenons, aussi exactement que possible, comment cela se passe. Notre saisie de ce qui est venu à être et la compréhension de son devenir n'est qu'une forme et une expression de notre compréhension du présent et de l'existant qui ne peut être dérivée que par la conception et l'analyse temporelles de l'existant afin de le comprendre.*"[14]

Il est donc légitime de penser que la nature est un ordre réel dont la confirmation passe par des moyens tout aussi réels qu'elle recèle mais à la hauteur ou à la compréhension ou à la découverte desquels la nature humaine arrive progressivement. C'est ainsi que Cicero affirmait: "*Il existe certes une vraie loi, c'est la raison droite, elle est conforme la nature, répandue chez tous les hommes; elle est immuable et éternelle; ses ordres appellent au devoir; ses interdictions détournent de la faute. Si toutefois, elle n'adresse jamais en vain aux honnêtes gens ses ordres et ses interdictions, elle ne peut, par ces moyens, faire impression sur les malhonnêtes. C'est un sacrilège que de la remplacer par une loi contraire; il est interdit de n'en pas appliquer une seule disposition; quant à l'abroger*

---

[14] BARTH Hans, **The Idea of Order, Contributions to a Philosophy of Politics**, D. Reidel Publishing Company, Dordrecht-Holland, 1960, p. 1.

entièrement, personne n'en a la possibilité. Ni le sénat, ni le peuple ne peuvent nous soustraire à l'autorité de cette loi; il est inutile de chercher Sextus Aelius[15] *pour l'expliquer et l'interpréter; elle sera la même à Rome et à Athènes; la même maintenant et plus tard. Bref, cette loi unique, éternelle et immuable s'imposera à toutes les nations et à tous les temps, et un seul dieu commun à tous sera comme l'éducateur et le chef de tous. C'est lui qui a fait cette loi, qui l'interprète et nous l'a proposée. L'homme qui refusera de lui obéir devra se fuir lui-même et, comme il a méprisé la nature humaine, il subira les plus cruels châtiments, même au cas où il aurait échappé à tout ce que l'on considère comme un supplice*. "[16]

Alors quel rapport peut-on établir avec la société politique?

Le lien entre la sécurité humaine et la société politique se relève en considération de deux autres réalités tout aussi naturelles et avec lesquelles la conservation doit compter: la conservation se fait entre autres sur la base de ressources de la nature et en présence d'une multitude d'êtres humains. Ces deux réalités font de la loi de sécurité humaine la cause finale de la société politique.

La sécurité humaine est la disposition essentielle de la nature humaine qui se trouve être bidimensionnelle dans son unité: une dimension rationnelle et une dimension physique. Emmanuel Kant l'exprime en côté animal et côté rationnel.[17] La nature animale est le côté mécanique et impulsif de la nature humaine. Elle recherche la conservation de soi dans le but de maximiser le plaisir personnel et de minimiser la douleur. En d'autres termes, la nature animale est basée sur des impulsions sensuelles.[18] La nature physique de l'être humain se conserve sur la base des ressources de la nature physique qui l'entoure. Celui-ci y tire en effet tout ce qui est nécessaire à son alimentation, à sa santé, à son logement et à son habillement.

---

[15] Aelius Sextus Paetus Catus, est le consul (en 198, av. J.C.) qui rédigea le premier livre de droit: Jus Aetalium, et un commentaire des Lois des XII Tables: Tripertita.

[16] CICERON, **La république**, 1er siècle av. J.C., Livre III, §33, trad. BRÉGUET Esther, Gallimard, 1994, pp. 103-104; Voir aussi, ALFORD Fred, **Narrative, Nature, and the Natural Law. From Aquinas to International Human Rights**, Palgrave Macmillan, New York, 2010, p. 22.

[17] FRIEDRICH Carl Joachim (Ed.), **The Philosophy of Kant: Moral and Political Writings**, New York, The Modem Library, 1949, p. 373.

[18] KANT Immanuel, **The Doctrine of Virtue**, trans. of GREGOR Mary, New York, Harper Torchbooks, 1964, p.10.

L'être humain est appelé à partager sa vie avec une multitude d'autres êtres humains. En effet, c'est un fait de nature que l'être humain n'est pas seul. Les conditions même de sa naissance rendent compte qu'il est le fruit d'un homme et d'une femme qui ont été dotés par la nature de dispositions leur permettant de se pérenniser ou simplement de se multiplier. Alors peu importe la nature réelle ou hypothétique de l'origine, incluant la configuration spatiale, de la multitude d'êtres humains qui peuplent la terre, la multitude en elle-même est une réalité indubitable. La conservation individuelle de la sécurité humaine pour plusieurs individus sur la base de ressources de la nature a donc été prévue par la nature elle-même. La nature étant un ordre et donc ne faisant rien en vain,[19] il faut penser qu'elle renferme le code des moyens par lequel la multitude d'êtres humains cohabitant peuvent sur la base des ressources de la nature physique, confirmer chacun individuellement la loi à laquelle il les a soumis. Ce code des moyens est précisément celui qu'on peut connaitre sous le générique de "société". Ainsi puisque la loi de la nature humaine est la sécurité, alors elle devient de ce fait, la loi de la société, entendu comme le moyen par lequel la nature permet à un ensemble d'êtres humains cohabitant de confirmer individuellement la loi à laquelle elle les a soumis et qui est tout simplement eux-mêmes. Ce code ou cet ordre des moyens est donc réel par ce que sans lui, la confirmation de la loi de sécurité humaine pour chacun des individus en cohabitation avec les autres ne saurait être adéquate.

Selon son étymologie, la société vient du romain "*societas*" renvoyant à association, communauté, compagnie, réunion, union politique, alliance... Selon une définition simple, la société est un groupement structuré et organisé d'individus, un groupe de personnes réunies par des intérêts communs ou pour une activité ou une action communes. C'est un ensemble de personnes vivant d'une façon organisée et structurée par des institutions et des conventions.[20] De cette simple appréhension de la société, il ressort clairement une idée d'entente, d'accord, d'organisation ou tout simplement d'ordre. D'où il sort que si la sécurité humaine représente l'ordre de la nature humaine, qui, non plus ne se réalise, mais se confirme, elle signifie l'ordre de l'espèce humaine et donc de tous les êtres humains qui font partie

---

[19] SAINT-HILAIRE Jules Barthelemy, **La Politique d'Aristote**, Traduite en Français d'après le Texte Collationné sur Les Manuscrits et les Éditions Principales, Troisième Édition, Revue et Corrigée, Paris, Librairie Philosophique de Ladrange 1874.

[20] **Dictionnaire Encarta**, Microsoft® Encarta® 2009. © 1993-2008 Microsoft Corporation.

de l'espèce. La nature a donc uni les êtres humains autour de la même condition et la somme de leurs intérêts individuels de conservation fait un intérêt commun de confirmation. Alors comment penser que la nature aurait pu les soumettre à et les régir sous une condition autre que l'entente? Si la nature est déjà en elle-même un ordre, le désordre qui résulterait de la mésentente ou du conflit ne saurait lui en etre imputée. Ainsi, il faut penser que la société est d'essence naturelle. Elle fait plus référence à une entente, à un accord, à un ordre qui régit les êtres humains dans la finalité individuelle de confirmation. Et c'est généralement celui-ci qu'on comprend sous la dénomination de "politique". Il est généralement convenu que le concept de politique vient du grec "*polis*" qui signifiait la "cité", cette dernière étant considérée comme l'unité basique de l'organisation politique dans le monde gréco-romain.[21] Ainsi, la politique désignait-elle l'art de gouverner la cité ou l'Etat.[22] Plus précisément, la politique peut simplement se définir comme l'activité par laquelle des intérêts divergents au sein d'une unité de règles donnée sont conciliés en leur donnant une part de pouvoir proportionnelle à leur importance pour le bien-être et la survie de l'ensemble de la communauté.[23]

On peut donc conclure que la sécurité humaine étant l'ordre de la nature humaine, c'est-à-dire le fondement et la finalité de toute action humaine, elle est de ce fait la cause finale de la société politique car celle-ci ne suppose qu'une communauté d'êtres humains unis ou consentant à un ordre ou à une organisation de leurs rapports dans un dessein de conservation de chacun. Cette conclusion est logique en ce que la nature étant en elle-même un ordre, elle ne peut donc pas prévoir une multitude d'êtres humains qui cohabitent et qu'elle soumet à la confirmation de leur essence sans un ordre qui les régit. Ainsi la société qui en elle-même signifie une entente, un accord entre des individus pour la finalité de conservation est précisément l'ordre des moyens naturel qui les régit et qui constitue la politique. Cependant le contenu exact de cet ordre devrait être précisé par l'expérience.

---

21 ROBERTSON David, **The Routledge Dictionary of Politics**, 3rd Ed. Taylor & Francis Group, Routledge USA and Canada, New Fetter Lane, London, New York, 2004, p. 382.

22 RIMBOUX Elsa, "Politique", **Grand Dictionnaire de la Philosophie**, Edition numérique, Larousse, Bibliothèque Nationale de France, pour la bibliothèque numérique Gallica, 2003, pp. 2397-2399; SCRUTON Roger, "Politics", **The Palgrave Macmillan Dictionary of Political Thought**, 3rd edition, Palgrave Macmillan, New York, 2007, p. 550.

23 Ibid.

Ainsi en se fondant sur le sens d'une loi de la nature, c'est-à-dire l'état d'affaires ou de fonctionnement, ou de réalité naturel,[24] l'animalité politique de l'homme est d'abord une nature naturelle, car ne se réalise plus et est en vigueur, que l'homme soit ou non arrivé à sa compréhension, par opposition, comme on le verra plus tard, à sa nature culturelle qui elle, met en exergue ce processus cognitif d'appropriation ou d'éducation ou de découverte de l'ordre des moyens naturels. Cette nature naturelle se reconnait déjà dans la réalité de la famille qui représente la société embryonnaire primordiale.

B. La Famille: Société Politique Embryonnaire Primordiale

La sécurité humaine en tant que cause finale de la société politique se vérifie encore dans le sens de l'animalité politique de l'homme dans la réalité naturelle de la famille. En effet celle-ci situe le début de l'animalité politique de l'homme et du fait de son caractère originaire, en rend compte comme une nature naturelle. Avant de le savoir plus amplement, commençons par évoquer certaines appréhensions de la famille.

Selon Sébastien Bauer et Laurent Gerbier, il faut, pour penser la famille, distinguer deux éléments qui peuvent alternativement la fonder: la parentèle et la communauté de résidence. La parentèle met l'accent sur le double phénomène de la complétude sexuelle et de la transmission patrimoniale (la famille assure la permanence dans le temps); la communauté insiste plutôt sur la cellule originelle du vivre-ensemble, orientée vers le travail (la gens latine inclut les esclaves et les travailleurs saisonniers), ou vers l'existence d'une affinité non biologique entre individus (la familia humaniste désignera alors le cercle des familiers: les amis).[25] À partir de ces distinctions, la pensée morale et politique a fait de la famille un paradigme constant de sa réflexion: la famille représente ainsi l'origine de la communauté politique.[26] La famille est finalement un concept indissolublement éthique et juridique:[27] s'y articulent le modèle naturel (biologique) et le modèle conventionnel (affinité ou nécessité sociale) du vivre-ensemble. Ces modèles donnent à

---

[24] Voir, FINNIS John, "Natural law Theories", **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Metaphysics Research Lab, Stanford University, https://plato.standford.edu/archives/sum 2020/entries/natural-law-theories (28.03.2021).

[25] BAUER Sébastien, GERBIER Laurent, "Famille", in CNRS (Ed.), **Grand Dictionnaire de la Philosophie**, Larousse, Paris, 2003, pp. 1236-1237.

[26] Ibid.

[27] OURLIAC Paul, GAZZANIGA Jean-Louis, **Histoire du droit privé français, II**, 4, Albin Michel, Paris, 1985.

penser la famille comme lieu du passage de la nature à la culture[28] ou comme une machine sociale de gestion des désirs.[29]

Selon le premier sens relatif à la parentèle, la famille se présente comme concomitante à la naissance de l'homme. Tout être humain nait d'un Homme et d'une Femme et ajouté à eux ils constituent la famille. Celle-ci est donc constituée au moins de trois personnes: le père, la mère et l'enfant. Ainsi selon Aristote, "*D'abord, il y a nécessité dans le rapprochement de deux êtres qui ne peuvent rien l'un sans l'autre: je veux parler de l'union des sexes pour la reproduction. Et là rien d'arbitraire; car chez l'homme, aussi bien que chez les autres animaux et dans les plantes, c'est un désir naturel que de vouloir laisser après soi un être fait à son image.*"[30] Ainsi naturellement l'homme et la femme sont faits pour être ensemble. Ils sont dotés naturellement de dispositions qui leur permettent de reproduire leur espèce et ce faisant ils constituent la famille. Ainsi la famille est l'association la plus naturelle qui soit car il n'est meme pas besoin que l'homme le découvre par l'expérience. L'homme n'arrive pas à la conclusion, à la suite d'un processus d'expérienciation qu'il doit appartenir à une famille, la famille est concomitante à sa naissance. "*Ainsi donc l'association naturelle de tous les instants, c'est la famille* (...)."[31]

Pour qu'elle puisse constituer la société politique primordiale dans le sens de notre présente vérification, il faut qu'il y règne un ordre. En effet, si la femme et l'homme sont portés à s'unir naturellement et constituer une famille avec des enfants, il est clair que le but de cette association est la conservation de tous ses membres. Ce n'est de cette façon que tous peuvent en réalité confirmer la loi à laquelle la nature les a soumis. Comment pourrait-il donc y arriver sans entente, sans accord et finalement sans ordre? Il faut donc convenir que quelle que soit la nature des rapports entre les membres d'une famille, ceux-ci ne sont pas régis par le désordre dont la conséquence est l'autodestruction des membres, ce qui n'est pas naturel, mais ils sont régis par un ordre qui a pour finalité leur conservation, ce qui est naturel. Ainsi la famille association naturelle confirme qu'elle est, du fait de la nature, un ordre. Dans cette institution naturelle qu'il faut qualifier de

---

28 LEVI-STRAUSS Claude, **Les structures élémentaires de la parenté**, PUF, Paris, 1949.

29 DELEUZE Gilles, GUATTARI Felix, **L'anti-Œdipe**, Minuit, Paris, 1972.

30 SAINT-HILAIRE, op. cit. Livre I, I. 4.

31 Ibid. Livre I, I. 6.

société politique embryonnaire, il est en effet question pour les membres de poursuivre la confirmation de la loi de leur nature qui est la sécurité. Et c'est précisément la vocation des formes plus grandes de société politique. Pour la famille, on dit alors que l'animalité politique de l'homme est une nature naturelle pour signifier que la loi de sa nature et son vécu sont parfaitement en phase.

Ces précisions faites, il est nécessaire de revenir sur certains éléments de la définition de la famille qui paraissent discutables. La famille est perçue comme articulant le modèle naturel ou biologique et le modèle conventionnel (affinité ou de nécessité sociale) du vivre ensemble, ces modèles donnant à penser la famille comme lieu du passage de la nature à la culture ou comme une machine sociale de gestion des désirs. Partant du fait que la nature humaine est en elle-même un état d'affaires ou un ordre qui ne se réalise plus mais qui se confirme, il est clair que l'ordre des moyens pour cette finalité est déjà une réalité de la nature. En conséquence cet ordre des moyens lui aussi n'est plus à être crée mais à se découvrir. Sous cet entendement, tout ce qui concerne l'être humain s'inscrit dans une logique de conformation à sa nature. Ainsi quelle que soit la dimension biologique ou conventionnelle de la famille, elle reste dans le cadre naturel. Il ne s'agit donc pas alors du passage de la nature à la culture, mais d'une nature permanente dont la quintessence se découvre par le processus culturel.

Sur la base de ces considérations, la sécurité humaine, en tant que ordre de la nature humaine est, de ce fait, la cause finale de la société politique qui commence par et dans la famille. A ce niveau il convient de relever que s'il est réel en lui-même et au niveau primordial de la famille, l'ordre des moyens que représente la société politique dans sa large dimension peut être plus ou moins connu de tous les êtres humains soumis naturellement à la cohabitation. Et cela emporte des conséquences sur la confirmation.

2. La Substance De La Compréhension Humaine De La Relation Ontologique De La Sécurité Humaine Comme Loi De La Société Politique

La nature humaine est aussi rationnelle et cela implique qu'elle est appelée à comprendre l'ordre naturel des moyens de confirmation de la loi de sa nature tant individuellement qu'en cohabitation avec une multitude d'autres êtres humains. La nécessité des ressources de la nature pour la conservation de l'être humain influence abondamment la substance de la

compréhension humaine de cette loi. En effet, il faut postuler que la disponibilité ou l'insuffisance de ces ressources pour une multitude d'individus détermine forcément un mode de gestion de la situation. Ainsi, l'ordre naturel des moyens qui suppose le meilleur mode de conservation pour chaque individu de la multitude dans une telle situation peut plus (A) ou moins (B) être compris.

A. La Compréhension De La Sécurité Humaine Comme Cause Finale De La Société Politique

La compréhension de la sécurité humaine comme loi de la société politique par l'être humain peut être assurée dans le cadre des relations familiales proches ou lointaines. Selon Aristote, "*L'association première de plusieurs familles, mais formée en vue de rapports qui ne sont plus quotidiens, c'est le village, qu'on pourrait bien justement nommer une colonie naturelle de la famille; car les individus qui composent le village ont, comme s'expriment d'autres auteurs, sucé le lait de la famille; ce sont ses enfants et les enfants de ses enfants. Si les premiers États ont été soumis à des rois, et si les grandes nations le sont encore aujourd'hui, c'est que ces Etats s'étaient formés d'éléments habitués à l'autorité royale, puisque dans la famille le plus âgé est un véritable roi; et les colonies de la famille ont filialement suivi l'exemple qui leur était donné. Homère a donc pu dire: chacun à part gouverne en maître ses femmes et ses fils. Dans l'origine, en effet, toutes les familles isolées se gouvernaient ainsi. De là encore cette opinion commune qui soumet les dieux à un roi; car tous les peuples ont eux-mêmes jadis reconnu ou reconnaissent encore l'autorité royale, et les hommes n'ont jamais manqué de donner leurs habitudes aux dieux, de même qu'ils les représentent à leur image*. "[32]

Postuler l'origine de la société politique finie qu'est l'Etat à partir du village qui lui est constitué d'un ensemble de familles sous-entend l'existence entre les membres de l'Etat d'une relation familiale et supposons affective. En effet, nous l'avons vu, les membres de la famille sont portés par un lien de solidarité naturelle dont l'affection est certainement le fondement. Comment penser autrement? Imaginons que le lien entre les membres d'une famille soit la haine ou tout simplement l'indifférence. Dans l'hypothèse de la haine, les rapports entre les membres de la famille seraient

---

[32] SAINT-HILAIRE, op. cit. Livre I, I. 7.

certainement des rapports d'hostilité dont la conséquence serait certainement leur autodestruction. Dans l'hypothèse de l'indifférence entre les membres de la famille, les rapports seraient individualistes vu que chacun serait tourné vers la gestion de ses propres affaires, ce qui serait assurément l'évidence d'une absence d'union, d'entente et donc de désordre devant aboutir à la séparation des membres. Ces hypothèses ne peuvent donc pas être avérées par ce que leurs résultats conduiraient à nier la famille dans son essence naturelle. Sachant que la famille est une réalité naturelle et que l'individu est porté à se conserver aux fins de permanence de sa nature, il faut postuler que rentre dans cette logique, par ce que œuvrant pour cette finalité, une solidarité sous fond affectif entre les membres de la famille.

Ainsi selon l'entendement d'Aristote, la société politique finie qu'est l'Etat est basée logiquement sur une solidarité affective, car en fait, elle constituerait la famille à une échelle un peu plus grande. Ce qui est certain c'est que cette affection tirerait sa source dans la filiation qui unit naturellement les membres de cette famille. Vu sous cet angle tout porte à croire que la compréhension de l'ordre des moyens devant confirmer l'état essentiel de sécurité humaine pour chacun est avérée.

Comment considérer dès lors, la problématique des ressources de la nature? En effet dans l'hypothèse que ces ressources sont disponibles pour tous les membres du groupe, il faut se demander quelle serait l'utilité pour un groupe de famille de s'organiser. Des individus se regroupent autour d'une société politique pour résoudre ou organiser la gestion d'une situation d'intérêt général. Il ne peut y avoir de politique que si des individus se retrouvent confrontés à un problème qu'il faut résoudre de commun accord, dans l'entreprise de confirmation de la loi de sécurité. Aristote le reconnait lui-même lorsqu'il affirme que la société politique s'établit pour la satisfaction des besoins: "*L'association de plusieurs villages forme un Etat complet, arrivé, l'on peut dire, à ce point de se suffire absolument à lui-même, né d'abord des besoins de la vie, et subsistant parce qu'il les satisfait tous*."[33] Donc dans une situation de suffisance des ressources pour toutes les familles, il n'aurait point de besoin supplémentaire de s'organiser car toutes se suffiraient. Dans cette hypothèse et dans la logique aristotelienne, la société politique ne saurait faire l'objet de décret mais de quelque chose de naturel, une simple somme de villages unis par la filiation. Meme le titre de roi ou tout autre dénomination du chef n'aurait pas

[33] SAINT-HILAIRE, op. cit. Livre I, I. 8.

de valeur politique c'est-à-dire l'autorité chargée d'ordonnancer les rapports entre les membres de la famille élargie. Ce titre serait alors plutôt honorifique. Mais il convient encore de penser que si les ressources de la nature sont suffisantes pour toutes les familles et bien que celles-ci entretiendraient des liens affectifs, il faudrait envisager le besoin de reproduction qui obligerait les membres des diverses familles à la recherche des partenaires en dehors de la famille. Il faut le relever car il s'agit d'une situation qui exigerait certainement l'accord entre les familles et l'autorité chargée de gérer les éventuelles disputes. Ce cas sous-entend alors une organisation entre les familles bien plus exigeante que la simple solidarité affective qui existe entre elles. Ainsi le roi serait donc chargé de veiller à l'ordre au sein de cette famille élargie. Ce n'est que dans une telle configuration, à défaut d'une insuffisance de ressources de la nature, qu'un ensemble de villages serait une société politique dans un sens strict car celle-ci incarnerait l'ordre devant régir les rapports entre les membres, nécessairement aux fins de confirmation de de la sécurité humaine, comme ordre de leur nature.

Dans l'hypothèse de difficultés de jouissance de ressources de la nature notamment de leur insuffisance ou de l'impossibilité de leur acquisition par une seule famille, les familles ou les villages devraient nécessairement s'organiser. Si les ressources sont insuffisantes pour tous, chacun souhaitant s'en approprier pour sa propre conservation, la gestion de la situation se ferait sur le choix entre deux alternatives: le conflit ou l'entente. Etant des membres d'une meme famille, il faut penser que le lien de parenté qui les unit est susceptible d'influencer l'option pour une entente. Cet ordre serait politique en ce qu'il consisterait en la manifestation d'une organisation en vue de l'intérêt général de conservation de tous les membres. Dans l'hypothèse de difficulté d'acquisition des ressources par une seule famille, toutes peuvent s'entendre pour surmonter ensemble la difficulté. L'ordre qui en découlerait régirait alors une situation d'intérêt général incluant certainement des garanties au respect de l'accord. Ainsi Aristote pensait que "*Tout État est évidemment une association; et toute association ne se forme qu'envue de quelque bien, puisque les hommes, quels qu'ils soient, ne font jamais rien qu'en vue de ce qui leur paraît être bon. Evidemment toutes les associations visent à un bien d'une certaine espèce, et le plus important de tous les biens doit être l'objet de la plus importante des associations, de celle qui renferme toutes les autres; et celle-là, on la nomme précisément État et association politique*."[34]

[34] SAINT-HILAIRE, op. cit. Livre I, I. 1.

Tous ces développements nous permettent de savoir que la compréhension de la sécurité humaine comme cause finale de la société politique peut être avérée dans l'hypothèse où elle découlerait de rapports familiaux sous fond de solidarité affective. L'affection entre les membres influence fortement et facilite la compréhension que l'ordre des moyens confirmateurs de l'état essentiel de sécurité humaine repose sur l'entente ou l'accord entre les membres, lorsque ceux-ci sont confrontés à des défis naturels. Meme sans avoir une connaissance propre de cet ordre, on sait au moins qu'on est dans le sens d'une conformation à la nature qui ne peut prévoir la cohabitation d'une multitude d'êtres et les soumettre à un impératif de conservation de la loi de leur nature, en les vouant à un désordre pour ce faire. Si cette compréhension peut être facilitée dans l'hypothèse d'Aristote, démontrant l'animalité politique de l'homme, dans d'autres, elle ne l'est pas.

B. La Possible Incompréhension De La Loi De Sécurité Humaine Comme Loi De La Société Politique

La compréhension de la sécurité humaine, comme cause finale de la société politique peut ne pas être comprise par les hommes dans certaines hypothèses qu'il faut relever. Et la conséquence évidente est le risque que la sécurité humaine ne soit pas confirmée au niveau individuel. Bien que nous ayons relevé que la famille constitue la société politique embryonnaire, il est possible d'envisager des situations dans lesquelles la filiation entre les familles ou les membres de village sont à défaut d'être inexistantes, si éloignées qu'elles deviennent de ce fait insignifiantes dans le quotidien des individus. Il est opportun de relever cette situation en considération de la configuration des sociétés actuelles qui, meme si elles étaient parties de la filiation, leurs caractères hétérogène et composite actuels posent la question du politique d'une façon plus objective. Ainsi il est nécessaire de formuler l'hypothèse adaptée à cette situation pour mieux rendre compte de l'animalité politique de l'homme, mais dans le sens d'une nature naturelle incomprise par les êtres humains.

La société politique a certainement commencé par la famille. Prenons l'hypothèse de plusieurs familles ou bien de plusieurs villages qui au sens d'Aristote constitueraient la société, mais n'étant pas unis par un lien de parenté et qui seraient soumis à un impératif de cohabitation et confrontés à des difficultés d'acquisition des ressources de la nature. Dans une telle hypothèse, les différentes familles ou les différents villages auraient le choix

entre les deux alternatives, que sont le conflit et l'entente. Les différents protagonistes n'étant pas unis par un lien de parenté ou identitaire qui entrainerait automatiquement la gestion de la situation sur une base affective, il faut douter qu'ils conviennent directement d'une entente. S'ils ont cette présence d'esprit quand meme, il faudrait encore savoir quelles raisons les mèneraient à une telle décision. Au moins il faut postuler qu'ils se rendraient compte des conséquences négatives du conflit ou non fructueuses de l'individualisme. Tous ces postulats correspondent bien aux mythes de l'état de nature tels que développés par Thomas Hobbes[35] et John Locke.[36]

Thomas Hobbes affirma que pour comprendre la société politique, il est d'abord nécessaire de comprendre ses membres c'est-à-dire les individus. Nous devons alors comprendre les accords qui forment la société et à partir de ces accords nous comprendrons la forme et le statut de la société politique. Le mythe de l'état de nature sert alors à comprendre simplement ce que les êtres humains sont en tant qu'êtres humains. La conservation de soi est le désir le plus fondamental et s'il n'y a aucune loi ou autorité pour influencer notre action concernant ce désir, personne n'a le pouvoir de dicter à l'autre sa façon de rester en vie. Selon Hobbes l'état de nature est un état de guerre. Cette conclusion découle de la considération que les hommes ont les uns des autres. En effet, les hommes sont naturellement égaux sur le plan physique et mental et cela peu importe leurs habilités. Ainsi, personne ne peut se prévaloir de sa grande force ou sa promptitude d'esprit contre les autres, car un homme peut venir à bout d'un adversaire plus fort soit en usant de sa ruse ou en s'assemblant à d'autres qui sont similairement en danger pour surmonter la menace.[37] Hobbes avait encore écrit que les hommes ont généralement tendance à désirer la puissance et à se battre pour elle jusqu'à la mort.[38] Ainsi dans l'état de nature, il n'y a aucun moyen pour personne d'être totalement en sécurité puisque toute force est limitée.

---

35 HOBBES Thomas, **Léviathan, Traité de la matière, de la forme et du pouvoir de la république ecclésiastique et civile**, 1651, traduit de l'anglais par FOLLIOT Philippe à partir de HOBBES Thomas of Malmesbury, **Leviathan or the Matter, Forme and Power of a Commonwealth Ecclesiastical and civil**, London, Printed for Andrew Crooke, 1651, Chicoutimi, Québec, janvier 2004.

36 LOCKE John, **Traité du gouvernement civil**, 1690, trad. française de MAZEL David, 1795 à partir de la 5ème édition de Londres publiée en 1728, Chicoutimi, Québec, 2002.

37 HOBBES, op. cit. p. 107.

38 Ibid. p. 88.

Puisque tous les hommes sont à la base des égaux, il n'y a aucun pouvoir commun pour les surveiller. C'est pourquoi un état de guerre existerait entre eux. Ainsi, Selon Hobbes la méfiance des uns envers les autres est le fondement de l'état de nature car puisque personne ne peut faire confiance à personne, chacun doit craindre tout le monde. Et c'est cette peur qui sert de base à l'état de guerre qui rend l'homme incapable de jouir de la vie et de ses propriétés. L'état de guerre signifie "*tout homme contre tout homme* (...) *Là où n'existe aucun pouvoir commun, il n'y a pas de loi. Là où n'existe pas de loi, il n'y a aucune injustice. La force et la ruse sont en temps de guerre les deux vertus cardinales.* (...)*. Il résulte aussi de ce même état qu'il ne s'y trouve pas de propriété, de domination, de distinction du mien et du tien, mais qu'il n'y a que ce que chaque homme peut obtenir, et aussi longtemps qu'il peut le conserver.*"[39] Un tel état laisse peu de possibilités de coopération: "*il n'y a aucune place pour une activité laborieuse* (...)*, aucune construction convenable,* (...)*, aucune mesure du temps; pas d'arts, pas de lettres, pas de société, et, ce qui le pire de tout, la crainte permanente, et le danger de mort violente; et la vie de l'homme est solitaire, indigente, dégoûtante, animale et brève.*"[40]

A la suite de Hobbes, Locke fit un compte de l'état de nature. Locke disait qu'il est improbable de retrouver des traces de l'état de nature par ce que les traces ne commencent qu'avec les sociétés civiles qui sont des sociétés politiques. Cependant Locke essaya de montrer, de son point de vue, ce qui pouvait être l'origine la plus probable de la société civile. Dans son *Second Traité sur le Gouvernement Civil*, John Locke consent avec Hobbes que l'état de nature est un état de parfaite liberté et d'égalité. Mais il conçoit différemment les deux termes. Pour Hobbes, l'égalité renvoie à l'habileté à gagner du pouvoir et à satisfaire ses désirs, tandis que la liberté signifie juste que chacun dispose du droit naturel de faire tout ce qu'il pense nécessaire pour sécuriser l'autoconservation. Locke de son coté, soutient une interprétation morale de chaque terme. L'égalité signifie que personne n'a le droit d'avoir le pouvoir sur personne. Et pendant que chacun dispose du droit à l'auto-conservation, Locke soutient qu'il y a des limites à ce qui peut être fait à cette fin, conformément au droit de la nature. Celui-ci prescrit que nul ne peut subordonner une autre personne, porter atteinte à sa vie, sa santé

---

[39] Ibid. p. 110.

[40] Ibid. pp. 108-109.

ou sa propriété (sauf en cas de légitime défense) et en plus que les hommes doivent s'entre aider quand cela ne leur cause pas du tort. Ainsi donc pour Locke, l'état de nature est l'état de liberté et non de licence, par ce qu'il est régi par la loi de la nature. Il apparait cependant qu'il peut y avoir dans l'état de nature, des individus qui ne vivent pas selon les lois de la nature et dans ce cas aussi, la loi de la nature prescrit l'étendue de l'action en réaction contre de tels criminels. Dans l'état de nature les Hommes ont le droit de se défendre et de défendre ce qui les appartient. Cependant il est possible que la réaction à l'acte criminel soit disproportionnée car il est possible de réagir par le meurtre à un vol. La plus grande objection de l'état de nature selon Locke est donc la possibilité que la liberté naturelle soit abusivement utilisée tant dans l'immixtion non consentie dans une autre sphère individuelle, que dans la réaction à celle-ci.[41]

Ainsi donc les mythes de l'état de nature développés par Hobbes et Locke confirment la tendance naturelle de l'homme à la conservation. Cependant le point fondamental de divergence est la manière d'assumer cette tendance.

En effet, pour Hobbes, dans l'état de nature l'homme est un loup pour l'homme, car tous cherchant, sur une base égalitaire naturelle, à se conserver, la concurrence et la compétition deviennent les logiques comportementales structurant le quotidien. Les hommes ne pouvant se faire confiance quant au respect de la loi naturelle pour chacun et pour tous, la méfiance est le sentiment le plus répandu. Ainsi dans l'état de nature hobbesien, la conservation de l'être se fait en résumé au moyen de la violence[42]. C'est la guerre de tous contre tous. Pour Locke, les hommes étant naturellement égaux en liberté et naturellement portés à la rationalité, la conservation de l'être se fait naturellement ou est appelé à se faire pacifiquement car toute idée de subordination d'un homme par un autre est impossible ou du moins inadmissible.[43]

---

41 RUSSELL Bertrand, **A History of Western Philosophy and its Connection with Political and Social Circumstances from the Earliest Times to the Present Day**, Simon and Schuster, New York, 1945, p. 626.

42 HOBBES, op. cit. p. 106.

43 "*La raison (...) enseigne à tous les hommes, s'ils veulent bien la consulter, qu'étant tous égaux et indépendants, nul ne doit nuire à un autre, par rapport à sa vie, à sa santé, à sa liberté, à son bien.*", LOCKE, op. cit. p. 19.

Finalement Hobbes et Locke convergent dans le fait qu'ils perçoivent l'être humain comme un être individualiste.[44] C'est donc au niveau de l'orientation de cet individualisme qu'ils se séparent. Pour Hobbes, l'individualisme de l'homme renvoie à de l'égoïsme naturel, tandis que pour Locke cet individualisme est naturellement altruiste. Cependant Locke reconnait qu'il persiste une insécurité dans l'état de nature: la possibilité pour les individus de ne pas se comporter comme des êtres rationnels tels qu'ils sont en réalité et de ce fait la possibilité pour eux d'empiéter dans la liberté des autres.[45] Ainsi donc pour Locke, dans l'état de nature, l'individualisme naturel rationnellement altruiste de l'homme est le principe et l'individualisme naturel irrationnellement égoïste en est l'exception. Tandis que pour Hobbes, dans l'état de nature le principe sans exception c'est l'individualisme naturel rationnellement égoïste. La solution à ce problème exceptionnel et principial conduit donc les deux auteurs, chacun à sa manière à envisager la constitution d'un état de société. Il va sans dire que le problème étant perçu de façon différente, la solution à son tour ne pouvait être identique.

Les mythes de l'état de nature sont donc des hypothèses qui correspondent au cas de figure d'un ensemble d'individus qui se retrouvent soumis naturellement à un impératif de conservation individuelle sans entretenir de lien de filiation et sur la base de ressources de la nature. L'état de nature tel qu'il est caractérisé par les deux auteurs serait un état où règne l'insécurité qui, naturellement entraine la non-conservation de tous, ce qui fonde toute l'importance de la solution à ce problème qu'est la société politique à venir. Celle-ci ne se présenterait que comme une entente des individus, ayant compris les conséquences du conflit, de la licence ou bien tout simplement le désordre ambiant de l'état de nature.

Bien que cette situation nous donne de comprendre que l'animalité politique de l'homme, comme une nature naturelle peut ne pas être ainsi comprise, il faut profiter de cette occasion pour évaluer les hypothèses de l'état de nature dans le sens d'une loi de sécurité humaine. Il est bien clair que ces états de nature ne sont pas réalités historiques traçables, mais des

---

[44] TRICAUD François, "Hobbes et Locke: convergences et divergences", in: XVII-XVIII, **Bulletin de la société d'études angloaméricaines, des XVIIe et XVIIIe siècle**, n. 25, 1987, p. 77, http://www.persee.fr/doc/xvii_0291-3798_1987_num_25_1_1120 (30.03.2021).

[45] Il est en effet possible que le conflit survienne lorsqu'un individu mu par ses passions "*déclare à un autre, soit par paroles, soit par actions, qu'il en veut à sa vie."*, LOCKE, op.cit. p. 26.

constructions qui permettent de comprendre le fondement et la finalité de la société politique. S'il faut déjà reconnaitre que la sécurité constitue certainement le fondement et la finalité de celle-ci, il faut encore se demander qu'elle serait sa nature. Les mythes de l'état de nature se focalisent sur le comportement des personnes humaines dans leur tendance naturelle à la conservation. Ces mythes ne traitent donc que de sécurité humaine. Cela dit ces mythes semblent contredire l'animalité politique de l'homme, car l'homme ne serait un animal politique qu'en dehors de l'état de nature. Ce qui est sans doute contradictoire aux postulats d'Aristote. Dans l'entendement de l'ordre humain essentiel qu'incarne la sécurité humaine, il s'agit de savoir que la nature en elle-même est déjà un ordre qui n'est plus à réaliser, puisque réel déjà mais qui se confirme. Dans cette logique puisque cette nature a soumis à la cohabitation une multitude d'êtres humains et ceux-ci à une dépendance de ses ressources, il est clair qu'elle a prévu un ordre de moyens sous et par lequel sa confirmation est assurée. Bien que l'être humain peut ne pas comprendre cet ordre dans un état de nature, tels que développés par ces mythes et donc ne pas savoir son animalité politique comme une nature naturelle en dehors du cadre familial, cela n'empêche pas que cette nature soit bel et bien réelle, car elle entraine en conséquence une confirmation. Ainsi, bien que la pertinence des mythes de l'état de nature est avérée, leur valeur est surement limitée s'ils ne prennent pas en considération d'une façon ou d'une autre tous les éléments ou logiques pertinents de réalité. Puisqu'il s'inscrit donc toujours dans la nature, l'Homme est donc un animal politique et c'est la raison pour laquelle il faut convenir avec Aristote que l'Etat qui est une forme de société politique est tout aussi naturel. Mais s'il ne s'agit plus d'une nature naturelle au regard de l'hypothèse qui permet d'envisager la société politique en dehors de tout lien de filiation, la meilleure façon de comprendre les mythes de l'état de nature de Hobbes et de Locke est celle selon laquelle ils renseignent sur l'incompréhension ou l'ignorance par l'être humain de l'ordre naturel des moyens destinés à sa conservation selon l'ordre essentiel de sa nature qu'est la sécurité humaine. Les diverses solutions d'entente, contractuelles ou d'ordre auxquels ils aboutissent ne suffisent pas à voir en la société politique, en l'espèce l'Etat, selon la formulation particulière conséquente à chaque mythe, une création ou un artifice distinct de la nature, mais elles se présentent alors comme un début de compréhension de ou de conscientisation sur l'ordre naturel selon lequel tous peuvent confirmer l'ordre essentiel de leur nature ou ne peuvent se conserver que sur la base

d'une régulation ou normalisation de leurs rapports. Celle-ci fait rentrer la société politique dans l'animalité politique de l'homme, mais comme une nature culturelle. Dans l'un ou l'autre niveau de compréhension, la sécurité humaine se vérifie comme étant la loi de la société politique.

II. L'ANIMALITE POLITIQUE DE L'HOMME: UNE NATURE CULTURELLE

Dans la première section, nous avons entrepris de vérifier la sécurité humaine comme cause finale de la société politique en tablant sur l'animalité politique comme une nature naturelle. Par ce concept nous avons signifié une adéquation de l'ordre essentiel de la nature humaine qu'est la sécurité humaine avec la compréhension et le vécu de la personne humaine. Par le concept de nature culturelle dans ce cadre, il s'agit de signifier que l'ordre naturel des moyens pour la conservation de la nature humaine en son état essentiel de sécurité humaine dans un contexte de cohabitation n'est pas toujours connu par l'être humain et alors se découvre à la suite de l'expérience.[46] La culture désigne généralement l'ensemble des connaissances acquises. Elle est souvent distinguée de la nature considérée comme renvoyant à l'inné tandis qu'elle renvoie à l'acquis. Nous la concevrons ici comme le processus d'éducation de l'homme sur l'ordre des moyens naturel devant lui permettre de se conserver en cohabitation avec plusieurs autres. Restant dans l'ordre naturel, l'animalité politique de l'homme dans sa quintessence complète, c'est-à-dire complémentaire à son aspect familial, se révèle ou se clarifie progressivement à l'homme lui-même à la suite des conséquences des initiatives qu'il met en œuvre aux fins de confirmation de son état essentiel de sécurité. Ainsi il sera clair que celle-ci et sa compréhension et son vécu ne sont pas toujours en adéquation ou le sont par étape ou par l'expérience. L'animalité politique comme nature culturelle voudra dire alors une nature qui se connait par l'éducation ou tout simplement qui se découvre par l'expérience. La nature culturelle de l'animalité politique de l'homme pour rendre compte de la sécurité humaine comme loi de la société politique se vérifiera dans la gestion communautaire de la conservation (1) qui dévoile une entreprise de conformation de l'homme à l'ordre de sa nature (2).

---

[46] "*Le mot de culture comporte deux sens. L'un, en mouvement, désigne le processus par lequel un esprit se forme, par l'éducation mais aussi par expérience, à l'autonomie du jugement. L'autre, statique, désigne un ensemble figé de contenus de savoir dont le nombre et la nature sont fixés par l'état d'une civilisation.* ", CHARRAK André, "Culture", **Grand Dictionnaire de la Philosophie**, op. cit. p. 691.

1. La Gestion Communautaire De La Conservation

La gestion communautaire de la conservation, qui est l'évidence de la nature culturelle de l'animalité politique de l'homme commence à se révéler lorsque les êtres humains comprennent que l'entente ou l'accord est préférable au conflit et que le collectivisme est préférable à l'individualisme. Ainsi, dans la logique de confirmation de l'ordre essentiel de sécurité humaine, la société politique se reconnait nécessaire (A) et ainsi se reconnait comme l'ordre des moyens naturel qui permet d'aboutir à cette finalité. Même si sa forme n'est pas circonstanciellement aboutie, la rationalité de l'homme à l'œuvre lui permet de s'en rapprocher (B).

A. La Nécessité D'un Accord

La nécessité d'un accord est la compréhension à laquelle arrive un ensemble d'individus soumis à la cohabitation par la nature et qui se retrouvent autour d'une chose d'intérêt commun nécessaire à la conservation. Ainsi l'accord est le déterminant de la société politique. Essayons de comprendre sa logique.

L'accord est une manifestation de la volonté à se comporter d'une certaine façon. Il est une manifestation de la liberté qui doit être comprise comme l'un des attributs de la humaine. La liberté relève donc de la loi naturelle et c'est à juste titre qu'elle est au centre des mythes de l'état de nature. Chaque être humain étant une liberté, il est donc non naturel que quiconque soit soumis à autrui car cela impliquerait d'opposer une absence d'autodétermination intolérable. Puisque la liberté fait partie de l'ordre naturel, elle ne saurait être dommageable car ce n'est que dans cet ordre qu'elle participe de la sécurité humaine. Ainsi, elle doit être différenciée de la licence. Par licence nous entendons la possibilité pour une personne d'agir dans tous les sens, selon ses caprices, sans que son action ne fasse l'objet de contrôle. En fait le comportement licencieux implique un désordre, puisque l'auteur pouvant agir d'une manière à laquelle il ne se voit opposé aucune restriction, il est alors capable de causer du tort à autrui ou à lui-même. Or causer du tort à autrui ou à lui-même implique possiblement une conséquence douloureuse pour l'auteur car il est probable que, du fait du malheur causé à autrui abusivement, celui-ci se venge, ou du fait du malheur qu'il se cause à lui-même, qu'il ressente forcément une douleur ou même connaisse l'extinction de sa personne. La liberté quant à elle implique une loi de comportement qui est mesurée, réfléchie, rationnelle, raisonnable dans

le sens où l'acteur agit en vue de conséquences positives de son action pour lui-même. Un comportement libre ne peut donc jamais entrainer, en soi, de conséquences néfastes sur son auteur par ce qu'il respecterait, selon le cas, l'autre ou lui-même. Le comportement licencieux est donc en lui-même, révélateur d'une absence d'ordre.

Les constructions de l'état de nature constatent donc que l'homme entretiendrait une conception fausse de la liberté lorsqu'il se croirait tout permis dans l'objectif de sa conservation. Or au lieu de le servir, cela le dessert et en conséquence il arrive peu à peu à la compréhension que la liberté signifie se comporter d'une façon qui ne nuit ni à lui-même, ni à autrui. Cette façon consiste à s'accorder avec les autres sur une union dont la conséquence est la confirmation de tous. Cet accord s'entend précisément dans les termes du contrat social. La formulation de celui-ci correspond à la conception faite de la liberté dans l'état de nature.

Pour Hobbes, l'état de société consiste en cette forme politique ou tous les individus concèdent leurs pleins pouvoirs entre les mains d'un seul ou d'une assemblée, chargé d'assurer la sécurité de tous. Disposant désormais de toute la force et du monopole de son exercice, cet individu ou cette assemblée dispose de toutes les garanties pour être craint et pour instaurer l'ordre et donc un climat où chacun peut poursuivre sa propre conservation en toute sécurité.[47] Pour Locke cependant, l'individu étant naturellement libre, la configuration sociale qu'il envisage est celle qui confirme cette nature de l'homme. Ainsi, le passage à la société passe par un contrat conclu entre tous les individus de créer cette entité qui va assurer la sécurité de chacun dans sa liberté naturelle à se conserver. Et l'autorité dépositaire du pouvoir que confère le contrat social est responsable de son gouvernement devant tous les individus qui peuvent ainsi le révoquer car ayant conservé cette liberté de le faire.[48] C'est ce qui fait fondamentalement la différence avec Hobbes car les individus, en concédant pleinement leurs libertés à un seul, il est clair qu'il ne leur reste plus la possibilité de le destituer et celui-ci

---

47 RUSSELL, op. cit. p. 555.

48 "[d]*e sorte que le peuple doit être considéré, à cet égard, comme ayant toujours le pouvoir souverain, mais non toutefois comme exerçant toujours ce pouvoir.*" LOCKE, op. cit., p. 101. A propos du pouvoir législatif il déclare: *"Le pouvoir législatif ayant été confié, afin que ceux qui l'administrent agissent pour certaines fins, le peuple ne se réserve toujours le pouvoir souverain d'abolir le gouvernement ou de le changer, lorsqu'il voit que les conducteurs, en qui il avait mis tant de confiance, agissent d'une manière contraire à la fin pour laquelle ils avaient été revêtus d'autorité.*" Ibid., p. 100; RUSSELL B., op. cit. pp. 629-633.

devient logiquement irresponsable devant ses gouvernés. Il n'est responsable que devant lui-même.[49] Cette façon de concevoir la société politique laisserait finalement entendre que la liberté des individus est l'élément le plus nuisible des uns pour les autres et donc la solution ne se trouve que dans la renonciation. La conservation de l'être passe donc chez Hobbes par la renonciation à la liberté fondatrice de l'Etat. Or pour Locke la liberté est le bien le plus caractéristique de l'Homme et ce n'est que parce qu'elle peut être menacée de façon irrationnelle dans la logique de confirmation de l'être dans l'état de nature que la société politique est instituée. La conservation de l'être ne peut alors passer par la renonciation à la liberté mais par sa conservation car elle reste le seul rempart contre les gouvernants qui décideraient de ne pas respecter le contrat social.

Il est aussi pertinent d'évoquer le contrat social tel que compris par Rousseau, qui est très édifiant au sujet de l'organisation des relations entre des individus libres tout en confirmant leus attributs naturels.[50]

---

[49] HOBBES, op. cit., p. 132.

[50] Avant de l'élaborer, il commence par supposer que "*les hommes* [sont] *parvenus à ce point où les obstacles qui nuisent à leur conservation dans l'état de nature l'emportent, par leur résistance, sur les forces que chaque individu peut employer pour se maintenir dans cet état. Alors cet état primitif ne peut plus subsister; et le genre humain périrait s'il ne changeait de manière d'être.*" Ensuite il continue en disant *"Or, comme les hommes ne peuvent engendrer de nouvelles forces, mais seulement unir et diriger celles qui existent, ils n'ont plus d'autre moyen, pour se conserver, que de former par agrégation une somme de forces qui puisse l'emporter sur la résistance, de les mettre en jeu par un seul mobile et de les faire agir de concert. Cette somme de forces ne peut naître que du concours de plusieurs; mais la force et la liberté de chaque homme étant les premiers instruments de sa conservation, comment les engagera-t-il sans se nuire et sans négliger les soins qu'il se doit? Cette difficulté, ramenée à mon sujet, peut s'énoncer en ces termes: Trouver une forme d'association qui défende et protège de toute la force commune la personne et les biens de chaque associé, et par laquelle chacun, s'unissant à tous, n'obéisse pourtant qu'à lui-même, et reste aussi libre qu'auparavant. Tel est le problème fondamental dont le Contrat social donne la solution. es clauses de ce contrat sont tellement déterminées par la nature de l'acte, que la moindre modification les rendrait vaines et de nul effet; en sorte que, bien qu'elles n'aient peut-être jamais été formellement énoncées, elles sont partout les mêmes, partout tacitement admises et reconnues, jusqu'à ce que, le pacte social étant violé, chacun rentre alors dans ses premiers droits, et reprenne sa liberté naturelle, en perdant la liberté conventionnelle pour laquelle il y renonça. Ces clauses, bien entendues, se réduisent toutes à une seule - savoir, l'aliénation totale de chaque associé avec tous ses droits à toute la communauté: car, premièrement, chacun se donnant tout entier, la condition est égale pour tous; et la condition étant égale pour tous, nul n'a intérêt de la rendre onéreuse aux autres. De plus, l'aliénation se faisant sans réserve, l'union est aussi parfaite qu'elle peut l'être, et nul associé n'a plus rien à réclamer: car, s'il restait quelques droits aux particuliers, comme il n'y aurait aucun supérieur commun qui pût prononcer entre eux et le public, chacun, étant en quelque point son propre juge, prétendrait bientôt l'être en tous; l'état de nature subsisterait, et*

Nous avons choisi de citer tout le "pacte social" de Rousseau car elle est une idée très édifiante sur la façon d'organiser les rapports entre des individus libres naturellement tout en confirmant cet attribut naturel.

Bien que nos trois auteurs conçoivent diversement la forme de l'accord, qui représente le contrat social ou la société politique, ils reconnaissent quand meme que celle-ci est une nécessité. Ce n'est que de cette façon qu'un ensemble d'individus qui doivent se conserver selon la loi de leur nature peuvent aboutir à cette finalité. Cependant cette nécessité relève à notre sens de l'ordre naturel qui est déjà réel et qui ne fait que se découvrir et se savoir par l'homme. A son tour, la meilleure quintessence ou formulation de la société politique ne peut se découvrir ou se savoir qu'à la suite de ses conséquences sur la confirmation de la loi de sécurité humaine. Ainsi l'animalité politique de l'être humain est une nature culturelle. "*De là cette conclusion évidente, que l'Etat est un fait de nature, que naturellement l'homme est un être sociable.*"[51] Aristote justifie encore cela en ces termes: "*Si l'homme est infiniment plus sociable que les abeilles et tous les autres animaux qui vivent en troupe, c'est évidemment, comme je l'ai dit souvent, que la nature ne fait rien en vain. Or, elle accorde la parole à l'homme exclusivement. La voix peut bien exprimer la joie et la douleur; aussi ne manque-t-elle pas aux autres animaux, parce que leur organisation va jusqu'à ressentir ces deux affections et à se les communiquer. Mais la*

---

l'association deviendrait nécessairement tyrannique ou vaine. Enfin, chacun se donnant à tous ne se donne à personne; et comme il n'y a pas un associé sur lequel on n'acquière le même droit qu'on lui cède sur soi, on gagne l'équivalent de tout ce qu'on perd, et plus de force pour conserver ce qu'on a. Si donc on écarte du pacte social ce qui n'est pas de son essence, on trouvera qu'il se réduit aux termes suivants: Chacun de nous met en commun sa personne et toute sa puissance sous la suprême direction de la volonté générale; et nous recevons en corps chaque membre comme partie indivisible du tout. À l'instant, au lieu de la personne particulière de chaque contractant, cet acte d'association produit un corps moral et collectif, composé d'autant de membres que l'assemblée a de voix, lequel reçoit de ce même acte son unité, son moi commun, sa vie et sa volonté. Cette personne publique, qui se forme ainsi par l'union de toutes les autres, prenait autrefois le nom de cité (a), et prend maintenant celui de république ou de corps politique, lequel est appelé par ses membres État quand il est passif, souverain quand il est actif, puissance en le comparant à ses semblables. À l'égard des associés, ils prennent collectivement le nom de peuple, et s'appellent en particulier citoyens, comme participant à l'autorité souveraine, et sujets, comme soumis aux lois de l'État. Mais ces termes se confondent souvent et se prennent l'un pour l'autre; il suffit de les savoir distinguer quand ils sont employés dans toute leur précision.", ROUSSEAU Jean-Jacques, **Du contrat social ou Principes du droit politique**, 1762, Document produit en version numérique par TREMBLAY Jean-Marie, Les classiques des sciences sociales, Paris, 1963, p. 17.

[51] SAINT-HILAIRE, op. cit. Book I, I. 8.

parole est faite pour exprimer le bien et le mal, et, par suite aussi, le juste et l'injuste; et l'homme a ceci de spécial, parmi tous les animaux, que seul il conçoit le bien et le mal, le juste et l'injuste, et tous les sentiments de même ordre, qui en s'associant constituent précisément la famille et l'État "[52]

Il est alors impossible à l'homme de se conserver en dehors de l'ordre des moyens naturel qu'incarne la société politique du fait qu'en elle seule il peut exercer la composante rationnelle de sa nature à le découvrir par l'échange avec d'autres citoyens sur le juste et l'injuste. Cela dit, les ressources de la nature participent de beaucoup à cet exercice de la rationalité de l'être humain.

B. Les Ressources Conditionnent L'exercice De La Rationalité Par L'homme

Il est nécessaire de rappeler la participation immense des ressources dans l'exercice de la composante rationnelle de la nature humaine dans la découverte de l'ordre naturel des moyens nécessaire à la confirmation de l'ordre naturel humain qu'incarne la sécurité humaine, en cohabitation avec une multitude d'autres êtres humains. En effet, ces ressources comme nous l'avons vu, servent à conserver la nature physique de l'homme et nous postulons qu'elles conditionnent la nature culturelle de l'animalité politique de l'homme.

A la lecture des mythes de l'état de nature développés par Hobbes et Locke, il faut constater la place centrale qu'occupent les ressources de la nature dans l'entreprise de conservation individuelle bien qu'ils ne le disent pas clairement. Cependant si Hobbes évoque moins les biens nécessaires à la conservation, dont on peut en déduire de la logique de ses développements, Locke en fait une référence très importante pour la conservation.

Selon Hobbes "*De cette égalité* [naturelle] *de capacité résulte une égalité d'espoir d'atteindre nos fins. Et c'est pourquoi si deux hommes désirent la même chose, dont ils ne peuvent cependant jouir tous les deux, ils deviennent ennemis; et, pour atteindre leur but (principalement leur propre conservation, et quelquefois le seul plaisir qu'ils savourent), ils s'efforcent de se détruire ou de subjuguer l'un l'autre. Et de là vient que, là où un envahisseur n'a plus à craindre que la puissance individuelle d'un autre*

[52] Ibid. Livre I, I. 9.

homme, si quelqu'un plante, sème, construit, ou possède un endroit commode, on peut s'attendre à ce que d'autres, probablement, arrivent, s'étant préparés en unissant leurs forces, pour le déposséder et le priver, non seulement du fruit de son travail, mais aussi de sa vie ou de sa liberté. Et l'envahisseur, à son tour, est exposé au même danger venant d'un autre."[53] Locke traite abondamment de la propriété sur les choses dont il clarifie immédiatement la provenance: "*Soit que nous considérions la raison naturelle, qui nous dit que les hommes ont droit de se conserver, et conséquemment de manger et de boire, et de faire d'autres choses de cette sorte, selon que la nature les fournit de biens pour leur subsistance;* (...) *néanmoins, ces choses étant accordées par le Maître de la nature pour l'usage des hommes, il faut nécessairement qu'avant qu'une personne particulière puisse en tirer quelque utilité et quelque avantage, elle puisse s'en approprier quelques-unes. Le fruit ou gibier qui nourrit un Sauvage des Indes, qui ne reconnaît point de bornes, qui possède les biens de la terre en commun, lui appartient en propre, et il en est si bien le propriétaire, qu'aucun autre n'y peut avoir de droit, à moins que ce fruit ou ce gibier ne soit absolument nécessaire.* "[54].

Hobbes et Locke font de la conservation de l'homme l'objectif principal de la nature humaine et les ressources ou biens sont les éléments nécessaires à cette finalité. En ce qui concerne l'état de nature hobbesien, il n'est pas très illogique de postuler que ce sont ces biens de conservation qui sont l'enjeu réel qui conduit à l'état de guerre, chacun cherchant à s'assurer un avantage. Dans l'hypothèse où ces biens seraient suffisants pour tous, quelle pourrait bien-être la source de conflit si tous sont portés à se conserver? L'importance des biens dans la construction hobbesienne justifie le fait que "*dans un tel état, il n'y a aucune place pour une activité laborieuse, parce que son fruit est incertain; et par conséquent aucune culture de la terre, aucune navigation, aucun usage de marchandises importées par mer, aucune construction convenable, aucun engin pour déplacer ou soulever des choses telles qu'elles requièrent beaucoup de force* (...)."[55] Les biens, instruments de la conservation seraient donc tellement convoités qu'au final leur production devient quasi impossible, puisque son auteur n'est pas

---

[53] HOBBES, op. cit. Première partie: De L'Homme; Chapitres I à XVI, p. 107.

[54] LOCKE, op. cit. pp. 34-35.

[55] HOBBES, op. cit. p. 108.

certain d'en jouir. En ce qui concerne l'état de nature lockéen, l'utilisation équitable des ressources de la nature pour le juste besoin de conservation et la jouissance personnelles paisibles de la propriété ne sont pas toujours garanties, bien que les êtres humains soient rationnels. "*Si l'homme, dans l'état de nature, est aussi libre que j'ai dit, s'il est le seigneur absolu de sa personne et de ses possessions, égal au plus grand et sujet à personne; pourquoi se dépouille-t-il de sa liberté et de cet empire, pourquoi se soumet-il à la domination et à l'inspection de quelque autre pouvoir? Il est aisé de répondre, qu'encore que, dans l'état de nature, l'homme ait un droit, tel que nous avons posé, la jouissance de ce droit est pourtant fort incertaine et exposée sans cesse à l'invasion d'autrui. Car, tous les hommes étant Rois, tous étant égaux et la plupart peu exacts observateurs de l'équité et de la justice, la jouissance d'un bien propre, dans cet état, est mal assurée, et ne peut guère être tranquille. C'est ce qui oblige les hommes de quitter cette condition, laquelle, quelque libre qu'elle soit, est pleine de crainte, et exposée à de continuels dangers, et cela fait voir que ce n'est pas sans raison qu'ils recherchent la société, et qu'ils souhaitent de se joindre avec d'autres qui sont déjà unis ou qui ont dessein de s'unir et de composer un corps, pour la conservation mutuelle de leurs vies, de leurs libertés et de leurs biens; choses que j'appelle, d'un nom général, propriétés.*"[56]

Si les biens de conservation occupent dans l'état de nature, une place moins évidente dans la théorie de Hobbes et plus évidente dans la théorie de Locke, le sort qu'ils reçoivent à l'intérieur du modèle de société politique proposée en solution à l'état de nature est bien moins problématique chez Hobbes que chez Locke. En effet, Hobbes prévoit que "*l'alimentation de la République consiste dans l'abondance et la distribution des matières nécessaires à la vie* [...] *En effet, la matière de cette nourriture consistant en animaux, végétaux et minéraux, Dieu a gratuitement déposé devant nous ces derniers, à la surface de la terre, ou près, de sorte qu'il n'est besoin de rien de plus que le travail et l'industrie pour les recevoir* [...] *La distribution des matières de l'alimentation est la constitution du mien, du tien, et du sien, c'est-à-dire, en un mot, de la propriété, et elle relève, dans tous les genres de République, du pouvoir souverain. En effet, là où n'existe pas de République, il y a, comme il a déjà été montré, une guerre perpétuelle de chaque homme contre son prochain, et donc toute chose est à celui qui la*

[56] LOCKE, op. cit. pp.85-86.

prend et la garde par la force, ce qui n'est ni propriété, ni communauté, mais incertitude [...] *Donc, vu que l'introduction de la propriété est un effet de la République, qui ne peut rien faire sinon par la personne qui la représente, elle est l'acte du seul souverain et consiste dans la loi que personne ne peut faire s'il n'a le pouvoir souverain. Et c'était bien connu des anciens qui l'appelaient nomos (c'est-à-dire distribution), que nous appelons loi, et qui définissaient la justice comme la distribution à chacun de ce qui est sien. La première loi de cette distribution est la division de la terre elle-même, par laquelle le souverain assigne à chacun un lot, selon ce qu'il juge (et non selon ce que juge un sujet, ou un certain nombre de sujets) convenir à l'équité et au bien commun* [...]"[57]

Ainsi, c'est dans la société politique que Hobbes vient reconnaitre clairement le caractère incontournable des biens dans la conservation des individus et règle la question de leur disponibilité comme dépendant de la discrétion du souverain. Bien que cette solution soit discutable au regard de ses implications sur la confirmation de la loi de sécurité humaine, il est déjà important de reconnaitre que cette question est cruciale à cette fin.

Locke pour sa part propose un modèle de société politique qui s'occupe pour l'essentiel de protéger la propriété des individus dont la jouissance est menacée dans l'état de nature: " *C'est pourquoi, la plus grande et la principale fin que se proposent les hommes, lorsqu'ils s'unissent en communauté et se soumettent à un gouvernement, c'est de conserver leurs propriétés, pour la conservation desquelles bien des choses manquent dans l'état de nature* "[58]. Locke fait de la protection de la propriété un objectif majeur de la société politique à tel point qu'il prévoit et règle l'hypothèse de toute immixtion arbitraire du souverain dans la jouissance des biens, sans doute en réaction à Hobbes. Il conçoit cette situation comme inacceptable. Cependant, il faut plutôt relever, en rapport avec le caractère incontournable des biens pour la conservation des individus, un ensemble d'éléments qui peuvent être considérés comme manquants dans cette théorie.

En effet, la question de la disponibilité des biens nécessaires à la conservation dans la société politique ne ressort pas vraiment dans la solution politique de Locke. Dans l'état de nature, notre auteur table sur

---

[57] HOBBES, op. cit. pp. 72-74.

[58] LOCKE, op. cit. pp.85-86.

l'appropriation des biens à partir de la nature. Non seulement la rationalité de principe des êtres humains devrait les conduire à une utilisation équitable des ressources de la nature et au respect de l'appropriation de chacun. C'est par ce qu'il est possible pour certains de s'approprier ces ressources plus qu'il n'en faut pour leur conservation, lésant de ce fait les autres, et qu'il y a possibilité d'immixtion injuste dans la propriété d'autrui qu'un accord est nécessaire entre tous les individus, aux fins d'une meilleure protection. Cette situation supposerait soit que tout le monde consente à la société politique en possédant déjà une propriété dont il y continuerait à jouir, soit que certains n'en possèdent pas et décident quand meme de consentir à une société politique, soit que certains en aient été dépossédés dans l'état de nature et n'auraient pas pu recouvrer leurs droits par ce que l'infracteur était plus fort et consentiraient quand meme à la société politique, soit que certains s'étant abusivement appropriés plus qu'il n'en fallait pour leur propre conservation consentiraient à un accord avec d'autres sous une tel titre de propriété. Dans toutes ces différentes hypothèses le consentement à une société politique partirait sur de bases inégales et surement injustes, car il est possible soit qu'elle protège ceux qui se seraient mal comportés dans l'état de nature, soit qu'elle n'offre aucune alternative d'acquisition pour ceux qui n'en possèderaient pas à l'état de nature, des biens nécessaires à leur conservation dans la société politique dont le but est de permettre la jouissance des propriétés en sureté et dans le repos. En conséquence il faudrait penser, soit qu'une telle société politique, aurait peu de chances de survivre longtemps, puisque les non titulaires de biens devraient en trouver pour se conserver si la société politique ne leur en fournit pas et il est alors possible qu'ils y adoptent à nouveau des comportements de l'état de nature, soit qu'un tel accord de société politique soit impossible car comment un individu qui rationnellement s'était contenté de jouir des biens de la nature de façon équitable en reconnaissant les droits des autres sur les mêmes biens sans s'en approprier au-delà des exigences de simple conservation consentirait à transférer sa liberté à une société qui ne lui fournirait pas les biens nécessaires à sa conservation dans le cas où des irrationnels se seraient tout appropriés dans l'état de nature? La société politique serait alors contradictoire au rationalisme naturel.

Tout ceci pour dire que la nature ayant astreint les êtres humains à conserver leur nature par les biens de la nature, il est impossible qu'une société politique n'en règle pas la disponibilité au bénéfice de tous. Et c'est

sur la base de ceux-ci que la nature culturelle de l'animalité politique de l'homme se confirme car il découvre progressivement qu'il est, du fait de l'unité de la nature, dans un ordre qui inclut avec tous les hommes toute la nature, car selon Hobbes, "*cette matière, que l'on appelle habituellement les biens, est en partie indigène et en partie étrangère: indigène est la matière qu'on peut avoir sur le territoire de la République; étrangère est celle qui est importée de l'extérieur. Et parce qu'il n'existe pas de territoire sous l'empire d'une seule République, sauf s'il est de vaste étendue, qui produise toutes les choses nécessaires à l'entretien et au mouvement du corps entier, et parce qu'il en est peu qui ne produisent pas quelque chose de plus que ce qui est nécessaire, les biens superflus qu'on peut avoir à l'intérieur cessent d'être superflus, et ils suppléent à ce qui fait défaut chez soi, par l'importation de ce qu'on peut obtenir à l'étranger, soit par l'échange, soit par une juste guerre, soit par le travail; car le travail d'un homme est aussi une marchandise qu'on peut échanger contre un gain, tout comme une quelconque autre chose. Il a existé certaines Républiques qui, n'ayant pas plus de territoire que celui qui servait aux habitations, ont cependant conservé, mais aussi accru leur puissance, en partie par le travail du commerce, d'un lieu à un autre, en partie en vendant des objets manufacturés dont les matériaux étaient importés d'autres endroits*."[59] Bien qu'insistant sur la propriété Locke reconnait aussi que "*Dieu, qui a donné la terre aux hommes en commun, leur a donné pareillement la raison, pour faire de l'un et de l'autre l'usage le plus avantageux à la vie et le plus commode. La terre, avec tout ce qui y est contenu, est donnée aux hommes pour leur subsistance et pour leur satisfaction*."[60]

Ces développements nous donnent d'arriver encore à la conclusion selon laquelle ce que nos auteurs avaient appelé "état de nature" renvoie en réalité à un ensemble de comportements irrationnels qu'adopteraient des êtres humains dans leur tendance naturelle à la conservation. Or ne cherchant qu'à conserver finalement leur nature, selon des conditions tout aussi naturelles (multitude d'êtres humains semblables, ressources de la nature) comment l'état de nature serait-il en lui-même un problème pour lui-même? Cette contradiction est impossible pour la nature car elle est déjà un ordre, mais elle est imputable à l'homme qui n'a pas encore compris l'ordre

---

[59] HOBBES, op. cit. p. 73.

[60] LOCKE, op. cit. p. 35.

des moyens naturel prévu pour pouvoir se confirmer dans les conditions que cette nature lui a soumise, ce que démontre d'ailleurs le comportement irrationnel qui peut persister dans la société politique. Ce sont les biens sur la base desquels il est appelé à se conserver qui impulse la rationalité en recherche de cet ordre des moyens naturels. On comprend là encore que la sécurité humaine est le fondement et la finalité de la société politique. Et cela se vérifie encore à travers l'expérience sociale.

2. L'expérience Sociale: Une Entreprise Progressive De Conformation De L'homme A Sa Nature

La nature culturelle de l'animalité de l'homme se rend compte par le processus historique d'expérienciation au travers duquel l'Homme découvre l'ordre des moyens naturels de confirmation de sécurité humaine incarnant l'ordre essentiel de sa nature, au sein d'une multitude, au moyen des ressources de la nature. Ainsi il est constamment en continuelle recherche la meilleure configuration de la société politique (A), jusqu'à ce que l'ordre des moyens soit conforme à l'ordre des fins (B).

A. Recherche Continuelle De La Meilleure Formulation De La Société Politique

Après avoir appris que le conflit est contre nature par son effet de non conservation, les hommes se rendent compte que l'entente et l'accord pour la normalisation de leur rapports ou société politique est pro nature car elle est permet cette conservation. Si cela est un bon point de départ, cela n'est pas généralement suffisant pour la découverte de l'ordre des moyens naturel par lequel la loi de sécurité humaine se confirme. Ainsi l'homme est porté à une recherche perpétuelle de la meilleure formulation de la société politique par laquelle il peut confirmer la loi de sa nature. Comment cela s'opère t'il afin de rendre compte de ce que la sécurité humaine comme cause finale de la société politique?

Partant de ce qu'une loi de la nature est un état d'affaires, un état de choses, un état de fonctionnement, une réalité, alors, elle ne se réalise plus, puisque réel déjà. Pour la nature humaine, cette réalité se réduit à un état dispositionnel intrinsèque qu'est la sécurité. La sécurité ou état de bien-être rend donc compte de l'ordre naturel humain de telle sorte qu'il ne s'agit pas seulement d'être un être humain, mais nécessairement d'être en sécurité. Ainsi, cet état du fait de la nature humaine animée rationnelle a vocation à se

confirmer c'est-à-dire à être ainsi qu'elle est naturellement en permanence. C'est ce qu'on appelle la conservation car réussissant dans cette tendance naturelle, la permanence est assurée.

Puisque la nature a disposé ou soumis l'homme à confirmer la loi de sa nature avec une multitude de semblables aussi astreints à la même tendance et sur la base de ressources qu'elle renferme, la sécurité humaine devient logiquement l'ordre des rapports qu'ils peuvent entretenir entre eux. Si la licence ou guerre ou chaos ou désordre a pour résultat évident la destruction et non la conservation d'aucun d'eux, elle est donc contre nature et ne saurait en réalité être considérée comme faisant partie de l'ordre des moyens qui confirme la loi naturelle, lequel inclut plutôt la liberté, l'entente, l'accord, l'organisation que représente la société politique. Ainsi la sécurité humaine est la cause finale de la société politique, en ce qu'elle en constitue le fondement et la finalité.[61]

La sécurité humaine étant la cause finalitaire pour un ensemble d'individus soumis à la même condition par la nature, la société politique s'inscrit dans l'ordre des moyens que prévoit nécessairement cette nature et dont ils sont appelés à découvrir progressivement l'exacte formulation. L'histoire à laquelle nous nous référons dans ce cadre est le processus par lequel l'homme, aux fins de sa conservation, formule des initiatives d'organisation et en subit les conséquences résultantes. La raison lui commande alors de se rendre compte de la quintessence de l'ordre des moyens naturel qui se révèle dans les initiatives qui ont eu des conséquences positives sur la conservation et qui se sait nul dans celles qui emportent des conséquences négatives. Les initiatives qui emportent des conséquences positives seront alors capitalisées et celles qui emportent des conséquences négatives seraient alors rejetées ou améliorées.

Il faut encore savoir quel est le critère qui renseigne sur ce qu'une certaine organisation est une composante de l'ordre des moyens naturel de confirmation l'ordre naturel humain qu'incarne la sécurité humaine.

La société politique est composée en théorie de tous les individus qui ont consenti à y faire part. Elle est essentiellement le produit ou la somme des accords d'individus qui se sont ainsi constitués pour les besoins de leur

---

[61] Voir aussi, KHONG Yuen Foong, "Human Security: A Shotgun Approach to Alleviating Human Misery?", **Global Governance**, vol. 7, 3 July-September 2001, pp. 231-236.

conservation. Ils en attendent donc tous une meme conséquence: la sécurité. Il est donc clair qu'aucune société politique qui n'arriverait pas, sur la base de sa forme, à satisfaire le besoin de conservation naturel de tous les individus qui la composent serait défaillante. Il n'est meme pas question de se cantonner à la satisfaction de la majorité car c'est par accord individuel que les individus se reconnaissent membres d'une société politique et donc si certains d'entre eux n'obtiennent pas satisfaction de la raison pour laquelle ils ont donné leur accord, il est clair que la société est défaillante. La confirmation de la loi de sécurité humaine est une affaire collective par ce qu'elle concerne tous les individus au même titre. C'est par ce que chaque sécurité humaine individuelle est la finalité qu'une sécurité humaine collective a un sens. Et c'est dans l'expectative de la sécurité de tout un chacun que la société politique existe. Si celle-ci n'y arrive pas, alors elle se présenterait comme n'ayant pas remplit son objectif. C'est ainsi le sens de la philosophie contractualiste. Tous devraient être considérés comme des cocontractants égaux devant une tendance naturelle à confirmer. Si un seul ne l'est pas, il y a défaillance de la formulation de la société politique.

Que pourrait-on attendre en conséquence de l'absence de conservation de certains? Le mécontentement des individus lésés serait une conséquence évidente et il faut penser qu'ils auraient le choix entre deux alternatives: soit se résigner face à la majorité, soit défendre leurs droits à être satisfaits comme tout le monde. La résignation dans une telle situation se présenterait comme contre nature car elle aurait pour conséquence de se résoudre à une insécurité qui est naturellement inacceptable. Alors seule serait naturelle la défense du droit à la conservation. Il est donc clair que les individus demanderaient des comptes à la société politique et le cas échéant ils questionneraient l'utilité de continuer à respecter leur accord. Il est alors possible qu'ils cherchent à se satisfaire en dehors de l'ordre que représenterait la société politique. Si celle-ci en l'état actuel de sa configuration a vocation à incarner l'ordre au sein d'un territoire, elle est donc exclusive de tout autre ordre à l'intérieur de sa sphère de souveraineté. Ainsi, les individus lésés, devraient soit continuer à se soumettre à l'ordre dont ils auraient consenti, sans en recevoir cependant la contrepartie de conservation, soit partir. Or ils ne peuvent s'établir dans une autre destination que si celle-ci est soit sans maitre ou ne faisant pas l'objet d'entente au titre d'une société politique, mais si c'est le cas, ils devraient être accueillis et acceptés par les membres d'une telle société comme pouvant se conserver avec ces derniers alors meme qu'ils n'auraient pas

consenti à la former. Il s'agirait là d'une bienveillance au statut précaire car il est possible que cette bienveillance ne soit pas ou plus accordée et qu'ils soient poussés à partir. Donc dans les situations où la bienveillance est refusée et qu'il n'existe plus de territoires sans maitres, il est clair que la seule option qui resterait pour les individus dont la conservation n'est pas satisfaite dans leur sociétés, est d'y retourner ou tout simplement d'y rester et de défendre leurs droits à la conservation comme tous les cocontractants.

Une question est alors importante: la situation de ces lésés est-elle une affaire de ces seuls lésés ou bien l'affaire de tous?

La société politique est, dans une perspective essentialiste, la somme des accords individuels, elle représente une entente interindividuelle pour une fin précise qui est la conservation de chacun. Et c'est par ce qu'il s'agit d'une conservation de chacun qu'il s'agit d'une conservation de tous. La société politique a donc une obligation de résultat du fait de son fondement et de sa finalité: la confirmation de l'ordre essentiel de sécurité de chaque nature humaine individuelle qui la constitue. Il est donc clair que si cet ordre n'aboutit pas à la confirmation, même d'un seul, il est défaillant en sa formulation et doit être revu. La satisfaction de la majorité n'est donc pas le critère de la viabilité d'un ordre politique, car ainsi, elle témoigne sa défaillance, en sa formulation actuelle, car elle n'arrive pas encore au niveau où elle satisfait la contrepartie de l'accord de chacun des membres et donc de tous. Les membres lésés doivent donc interpeller tous les autres sur cette défaillance et demander que la formulation conséquente de l'entente soit revue, dans l'espoir que chacun puisse effectivement voire la contrepartie de son accord satisfaite. Si les autres consentants refusent, du fait de leur conservation en l'état actuel de l'ordre, au détriment de certains, il est clair qu'ils jouiraient d'une concrétisation de l'entente injuste. Ils oublieraient de ce fait que la société politique sur la base de laquelle ils sont satisfaits est la somme d'accords interindividuels et donc que celle-ci en fait est un méta contrat synallagmatique puisque chaque individu aurait consenti envers chaque autre de et pour sa propre conservation et la conservation de chacun. Si un seul en vient alors à ne pas être satisfait, chacun des cocontractants est défaillant envers celui-ci. D'où il faut conclure que c'est le problème de chacun si un seul d'entre eux n'est pas satisfait dans sa conservation. Et puisque c'est le problème de chacun, c'est donc le problème de tous. Car ceux qui auraient été satisfaits auraient bénéficié de l'exécution par chacun des membres de son obligation envers lui y compris par lésés, sans que

ceux-ci en retour bénéficient de la même contrepartie de l'exécution l'obligation de et par chacun autre. Ainsi dans une société politique, tous sont responsables de la conservation de tous, ce qui veut dire que chaque membre est responsable de la conservation de chaque membre. L'insatisfaction d'un seul signifie que chacun n'a pas rempli son obligation envers lui alors qu'il l'a fait pour chacun. Chacun d'eux le pouvait il en fait? Si chacun a été satisfait par l'exécution de l'obligation du lésé, cela signifie que chacun pouvait aussi remplir son obligation envers lui. D'où il sort que c'est chacun d'eux qui est défaillant. Mais puisqu'il ne s'agit pas de la société politique ou organisation en elle-même que de sa formulation actuelle qui se ressent dans les conséquences négatives pour certains, il est clair qu'elle doit être révisée. C'est cette formulation actuelle ou la forme que prend actuellement l'entente qui rend compte de la défaillance de chacun, il est donc nécessaire de la changer dans l'espoir que par la nouvelle ou dans la correction de l'ancienne, chacun d'eux ne soit plus considéré comme défaillant envers le lésé.

Dans l'hypothèse où la forme actuelle de l'organisation défaillante n'est pas revue par tous, chacun des bénéficiaires se contentant de se réjouir de son incidence heureuse sur sa situation, chacun s'y complairait de bénéficier de l'exécution de l'obligation du lésé sans le lui rendre en retour de l'exécution de la sienne. Ce serait une injustice flagrante et le lésé peut alors décider de retirer son accord qui le lie aux autres et de s'occuper de sa propre confirmation. Si par la société politique, il reconnait que le comportement licencieux aux fins de confirmation entraine une conséquence certainement négative, ce qu'il consent à abandonner par son accord d'organisation avec les autres, il n'aurait plus d'autres alternatives que de le reprendre si cette organisation lui est inconséquente. Alors le retrait de son accord supposerait qu'il ne soit plus lié à personne et qu'il se voue à sa propre confirmation selon les moyens dont il disposerait. A cet effet, si le lésé agit en tant qu'être rationnel, ce qui le pousse à ne pas user de violence dans l'acquisition des moyens de conservation, il retirerait ses propriétés du cadre de l'accord s'il en a conservé dans l'hypothèse lockéen du contractualisme, pour ne s'occuper que de sa situation. Mais s'il n'en a pas conservé, dans les deux hypothèses hobbesienne et lockéenne, alors, meme le retrait de son accord lui emporterait un dommage certain, car ce retrait n'impliquerait pas d'alternative pour sa conservation. Ainsi retirer ou non son accord vaudrait la meme chose car aucune des alternatives ne lui assurerait *ipso facto* les moyens de conservation. Mais retirer son accord lui

serait plus avantageux en ce que cela signifierait le retour à une alternative ultime de conservation: le comportement licencieux. S'il décide de ne pas y recourir, il se condamne à une insécurité qui lui conduirait à l'extinction. Mais comme nous l'avons vu, l'insécurité, l'extinction étant non naturelle, le comportement licencieux impliquant l'utilisation de tous les moyens en sa possession, y compris la force, la ruse, devient pour lui une nécessité. La question qui se pose dans cette hypothèse est en rapport avec la légitimité d'un tel comportement.

Il faut penser qu'un tel comportement serait la conséquence non voulue par le lésé. Tout ce qu'il cherche objectivement c'est sa conservation au meme titre que les autres. Mais chacun d'eux n'ayant pas rempli son obligation envers lui, alors qu'il l'aurait fait pour chacun d'eux, ceux-ci se complaisant même dans une telle situation, il faut penser que le comportement licencieux en réaction à cette attitude injuste, bien qu'il soit un comportement de l'état de nature au sens de Hobbes et de Locke, celui-ci serait en fait reinstitué par chaque membre de la société politique lorsqu'il aurait été défaillant dans son obligation envers la conservation du lésé alors que chacun d'eux en aurait bénéficié de lui. La société étant moins une entité abstraite, qu'une somme d'individus agissant de concert, le non-respect de l'accord interindividuel qu'elle constitue, est en lui-même l'indicateur d'un retour à l'état de nature au sens de nos auteurs. Ainsi la complaisance dans cet état par chacun des membres satisfaits sans vouloir le revoir dans un sens où il est porteur de conséquences positives pour chacun et donc pour tous, cela serait le signe d'un comportement licencieux au détriment du lésé dont le sien ne serait que réaction. Une telle attitude est nécessaire pour que chacun des membres satisfaits se rende compte des conséquences de sa complaisance. Par le comportement licencieux du lésé, il est ainsi possible que la propriété de chacun des membres de la société politique ne soit plus garantie car le lésé n'ayant pas de moyens de conservation, il se servirait sur les moyens de ceux qui en ont. Dans cette hypothèse tout est envisageable, car il est possible qu'il recourt à la force contre tout obstacle que représenteraient des propriétaires. Dans une autre hypothèse, où les autres cocontractants en synergie sur la base de leur satisfaction de la forme actuelle de l'accord, décideraient d'éliminer la menace que constituerait le lésé, afin de vivre paisiblement dans le cadre de l'entente, il est possible que leur force soit plus grande et qu'ils arrivent à leur fin. Mais la question qui se poserait alors est celle de savoir si la disparition du lésé garantirait qu'aucun autre membre satisfait actuellement

ne se retrouve dans sa position dans l'avenir. Et si c'est le cas, les autres membres ne réagiraient ils pas de la meme façon qu'ils ont réagi à l'endroit du premier lésé? Alors que resterait-il donc de l'entente ou de la société politique? Si les problèmes d'une telle société arrivent à disparaitre avec le premier lésé sans que cela entraine la meme situation à l'encontre d'aucun membre dans l'avenir, alors ce serait l'idéal pour chacun des membres satisfaits. Mais ce qui arrive au premier lésé est l'indicateur que cela aurait pu arriver à chacun d'autre sur la base de l'égalité d'origine entre les cocontractants. Et donc c'est à tort qu'ils ne se reconnaitraient pas dans la personne du lésé, vu en plus que c'est d'eux que viendrait la défaillance du système en ne remplissant pas leur part d'obligation envers lui. C'est donc dans un leurre que se retrouverait chacun des membres de l'accord politique, s'il n'en vient pas à constater l'état de nature qu'il a institué et à l'intérieur duquel il pense s'assurer une sécurité. Car puisque l'état de nature selon nos auteurs n'est pas une garantie à la sécurité, il est possible qu'à l'avenir chacun se retrouve dans la position du premier lésé et connaisse le meme sort que lui. Or à la longue jusqu'où mènerait un tel comportement? Forcément à la disparition de tous et cela entrainerait finalement que personne n'arriverait à la permanence qu'exige la loi de la nature humaine. Une telle conclusion serait vraiment l'extrême par ce que si la conséquence ultime de la perte de tous n'est pas envisagée dans le traitement du cas du lésé, il est possible que les autres en prennent conscience au fur et à mesure de la disparition d'autres lésés et qu'ils se mettent à la place de chacun de ces derniers, ce qui entrainerait qu'ils se verraient comme un satisfait aujourd'hui et un disparu demain. Alors ils finiraient par comprendre que le problème n'est pas dans le lésé mais dans la forme de l'organisation. Alors ils seront éduqués que la forme actuelle de l'organisation n'est pas celle qui a pour conséquence la conservation et donc la confirmation de la loi naturelle de sécurité humaine car elle entraine plutôt progressivement l'insécurité de chacun. Ils décideront donc de former autrement l'organisation dans un sens qui capitalise les causes et les conséquences de premières erreurs et qui vise à les corriger. Ainsi cela témoigneraient qu'ils n'avaient pas encore compris que lorsque la société politique échoue à la confirmation de l'ordre essentiel de sécurité humaine d'un seul, tous sont en danger de ce fait et que le résultat n'est pas dans l'élimination du lésé qui aurait pu être chacun d'eux, mais dans le changement de la forme de l'organisation qui reste vecteur de la licence dont ils croyaient pourtant se départir. Mais en fait, la licence est contre nature vu qu'elle est contraire à la

liberté, laquelle implique de se comporter d'une manière qui est non dommageable à soi et aux autres. Par ce qu'il est possible qu'inconsciemment un acte de licence soit intrinsèque dans la forme de l'entente, celle-ci doit donc être considérée comme ne correspondant pas à l'ordre naturel des moyens permettant de confirmer l'état de de sécurité humaine, rendant compte de l'ordre naturel humain.

Arrivé à cette conclusion les membres de la société politique témoigneront qu'ils sont dans une logique de découverte de l'ordre des moyens naturel pour mieux confirmer l'ordre essentiel de leur nature En faisant usage de leur raison, on se rend compte de la nature culturelle de leur animalité politique. Ce que nos auteurs ont donc appelé état de nature ne renvoie encore qu'à un comportement licencieux et irrationnel qui est susceptible de s'immiscer subrepticement dans la société politique. Cela se vérifie en ce que cet état, dans le sens de Hobbes et de Locke, n'a jamais été une réalité historique mais a plutôt pris ou prend la forme d'un désordre aux cotés de l'état de nature réel qui, lui, est l'ordre naturel réel et constant et dont la vigueur se sait aussi bien dans la petite économie qu'elle peut faire l'objet dans le cadre familial (nucléaire ou large) tel que développé par Aristote au titre de la nature naturelle de l'animalité politique ou bien dans la grande économie qu'elle peut faire l'objet ou est appelé à faire l'objet dans le cadre processus d'expérienciation historique au titre de la nature culturelle de l'animalité politique de l'homme dans le sens de Hobbes et de Locke. Celui ne s'arrêtera que lorsqu'il sera pleinement éduqué sur toute la quintessence de l'ordre des moyens naturel réel par lequel il se conserve, en cohabitation avec d'autres hommes sur la base des ressources de cette nature.

B. La Fin De L'expérience Sociale: La Découverte De L'ordre Des Moyens Naturel De Confirmation De La Loi De Sécurité Humaine

La nature culturelle de l'animalité politique de l'homme s'obverse par le processus expérientiel social d'éducation à ou de découverte de l'ordre des moyens naturel de confirmation de l'ordre naturel humain de sécurité humaine dans un contexte naturel de multitude d'êtres humains et de nécessité du recours aux ressources de la nature. La nature étant donc un ordre en elle-même, il s'agit alors d'un processus de conformation à celle-ci. Nous avons vu que la sécurité humaine, en tant que cause finale de la société politique relevait d'une nature naturelle et ainsi l'éducation par l'histoire ou

expérience entraine une conformation de la nature culturelle en nature naturelle c'est-à-dire la situation dans laquelle la loi et le vécu de l'homme sont en phase. Cette situation se caractérise par la compréhension de l'harmonie au sein de la loi de sécurité humaine dans ses composantes finalisé et finalitaire. Il s'agit en ce qui nous concerne dans ce cadre, de la découverte de la meilleure forme de l'ordre par lequel chacun des êtres humains qui y consent confirme sa loi naturelle de sécurité dans sa permanence. Cette situation est ainsi appelée fin de l'histoire car elle sous-entend que l'expérience d'éducation serait achevée puisque l'homme serait arrivée à trouver la bonne formule. Puisque ce dernier est engagé dans le processus d'expérienciation sociale pour découvrir l'ordre des moyens naturel, celui-ci ne saurait être étendu lorsqu'il l'a découvert. Ainsi le processus d'expérienciation social ferait place à un état de paix perpétuel.

La nature culturelle de l'animalité politique de l'homme est donc vouée à la continuité jusqu'à ce qu'elle arrive à la découverte de l'ordre politique naturellement prévu pour la conservation de chacun de ses membres. Une question mérite d'être posée dans ce cadre: l'aboutissement à un tel résultat est-il une certitude dans l'avenir?

La sécurité étant l'état dispositionnel intrinsèque à la nature humaine, et puisqu'elle relève ainsi de l'essence, elle est un état réel. Etant le fondement et la finalité de toute action humaine aux fins de conservation ou de permanence, elle en constitue la loi de la nature humaine. Dans cette logique, la confirmation de la loi de sécurité humaine n'est possible que dans l'ordre des moyens déjà prévu par la nature, elle qui a disposé l'homme à cohabiter avec d'autres et à dépendre de ses ressources. Puisque cet ordre existe et qu'il est à découvrir, il est donc connaissable. Alors, il faut penser qu'il est possible que sa connaissance soit une réalité dans le monde des hommes. De toute façon, il s'agit de savoir que tant que l'homme n'est pas arrivé à connaitre cet ordre, il se retrouverait dans une situation peu avantageuse pour sa conservation et donc que le processus d'expérienciation sociale est appelé à continuer. Un auteur pensa que "*L'histoire a été appelée, non sans raison, un éternel recommencement. L'accidentel varie, le fond - la substance, diraient les philosophes - échappe au changement. Ce fond, c'est d'abord l'être humain, toujours semblable à lui-même, par ses facultés, ses besoins fondamentaux, ses tendances indestructibles: la partie stable de sa nature, accentuée par l'hérédité, l'éducation, l'esprit d'imitation et l'habitude, en est la principale. Toutes les générations passées*

ont poursuivi le bonheur et le plaisir et fui la souffrance, travaillé et joué, ri et pleuré, aimé et haï, inventé et imité, commandé et obéi, comme la nôtre et les générations futures ressembleront aux précédentes. L'esprit de l'homme, d'autre part, ne peut se dérober aux principes immuables de la métaphysique, de la logique, du droit et de la morale, aux lois de la nature."[62] Cet extrait confirme nos propos selon lesquels la nature humaine est soumise à une confirmation de sa nature qui est en phase avec le bonheur ou tout simplement la sécurité. L'idée d'éternel recommencement marque la réalité de nécessité de la permanence de cet état qui se doit d'être ainsi confirmée. Puisque l'être humain ne peut se dérober aux lois de la nature, il est tout simplement astreint à rechercher le meilleur moyen par lequel il les confirmerait. Ainsi il est clair que l'être humain ne pourra s'arrêter dans ce processus que lorsqu'il aura découvert ce moyen.

Cependant, avant qu'elle ne soit découverte, la connaissance de l'ordre naturel humain qu'est la sécurité humaine peut permettre d'envisager la potentialité d'une forme d'ordre politique de correspondre à l'ordre des moyens naturel qu'il inclut, par une analyse prospective de ses résultats. Cela dit encore, cette forme devrait se concrétiser pour apprécier ses résultats réels.

CONCLUSION

Nous avons entrepris de vérifier la sécurité humaine, comme cause finale de la société politique. Il s'agissait précisément de vérifier que la sécurité humaine est le fondement et la finalité de la société politique. Cela a été fait par le biais du postulat de l'animalité politique de l'homme. Celle-ci a été légitimée par trois réalités naturelles: la nécessité de conservation individuelle, la multitude d'êtres humains, la dépendance de ressources de la nature. Ces exigences naturelles entrainent que l'animalité politique de l'homme soit une nature naturelle et une nature culturelle. La nature naturelle renvoie à l'adéquation entre la substance de l'ordre essentiel de sécurité humaine en lui-même et le vécu de l'homme. La substance de l'ordre en lui-même signifie que la loi est déjà une réalité, un état d'affaires, un état de fonctionnement qu'il faut confirmer ou témoigner et non plus

---

[62] VLIETINCK Edward, "La philosophie de l'histoire", in Revue néo-scolastique de philosophie, 25e année, n. 97, 1923, pp. 85-95; https://www.persee.fr/doc/phlou_0776-555x_1923_num_25_97_2334 (01.04.2021).

réaliser. Le vécu de l'homme est conforme à cela par le biais de l'institution naturelle de la famille, c'est-à-dire l'homme et la femme, qui, portés naturellement à se rapprocher pour les nécessités de reproduction, font naitre un enfant. La famille ne résulte pas d'une sorte d'acquis mais s'expérimente naturellement. Cette institution rend compte de l'unité de ses membres pour la finalité de poursuivre ensemble leur conservation ou tout simplement la confirmation de l'ordre essentiel de leur nature qu'est la sécurité. Ainsi par la famille, le postulat aristotélien de l'animalité politique de l'homme se confirme comme une nature naturelle. Mais cela n'est pas suffisant car l'Homme ne maitrisant pas toujours l'ordre des moyens naturels par lesquels il est appelé à se conserver selon les trois réalités naturelles déclinées, il les découvre par l'apprentissage, ce que confirme la nature culturelle de son animalité politique. Par cette nature, l'homme découvre ou s'éduque par l'expérience de la meilleure forme naturelle d'organisation par laquelle il se conserve harmonieusement avec ses semblables. Sous le fondement et en poursuite de la finalité de confirmation de l'ordre essentiel de sa nature qu'est la sécurité humaine, il comprend progressivement que les relations avec ses semblables se formalisent dans un cadre plus grand que la famille naturelle et d'une manière qui inclut nécessairement chaque individu soumis à la même tendance naturelle. Ainsi, dans une perspective essentialiste, la société politique se présente comme cet accord, cette entente, cette organisation, cet ordre dont la quintessence adéquate est évaluée à l'aune des conséquences de ses formulations. Ainsi, lorsqu'un seul des cocontractants ne réussit pas à trouver son compte dans la forme de l'entente, il est clair que celle-ci doit être améliorée car chacun étant soumis au même impératif naturel, il existe une formulation naturelle de cet ordre par lequel chacun y trouve une possibilité avantageuse de conservation. Tant que l'homme n'a pas abouti à celle-ci il restera soumis au processus d'expérienciation sociale. A terme, il s'agira d'un processus de conformation des ordres finalitaire et finalisé que rend compte la sécurité humaine ou bien d'une élévation de la nature culturelle de l'animalité politique de l'homme au niveau de la nature naturelle de celle-ci, de manière à confirmer l'adéquation entre l'ordre essentiel de la nature humaine incarné par la sécurité humaine et son vécu par l'Homme.

REFERENCES

ABEL Donald, **Theories of human nature: Classical and contemporary readings**, McgrawHill, New York, 1992.

ACHARYA Amitav, "Human Security: East versus West", **International Journal**, vol. 56, n. 3, 2001, pp. 442-460.

ALFORD Fred, **Narrative, Nature, and the Natural Law. From Aquinas to International Human Rights**, Palgrave Macmillan, New York, 2010.

ATKINS Philip, "Essential vs. Accidental Properties", **Stanford Encyclopedia of Philosophy**, First published Tuesday April 29, 2008; substantive revision Monday April 18, 2016, https://plato.stanford.edu/entries/essential-accidental (26.03.2021).

AXWORTHY Lloyd, "Human Security and Global Governance: Putting People First", **Global Governance**, vol. 22, 1, 2001.

BARTH Hans, **The Idea of Order, Contributions to a Philosophy of Politics**, D. Reidel Publishing Company, Dordrecht-Holland, 1960.

BAUER Sébastien / GERBIER Laurent, "Famille", in CNRS (éd.), **Grand Dictionnaire de la Philosophie**, Larousse, Paris, 2003, pp. 1236-1237.

CENTRE NATIONAL DE LA RECHERCHE SCIENTIFIQUE (CNRTL), **Dictionnaire sur PC Ortolang du Centre National de la Recherche Scientifique**, comprenant les dictionnaires de l'Académie française jusqu'à la 9ème édition, http://www.cnrtl.fr (31.03.2021).

CHARRAK André, "Culture", **Grand Dictionnaire de la Philosophie**, Larousse, Paris, 2003, p. 691.

CHENET François Xavier, "KANT, Philosophie pratique, Métaphysique des mœurs, Critique de la raison pratique", **Philopsis**, éditions numériques, 2008, http://www.philopsis.fr (26.03.2021).

CICERON, **La république**, 1er siècle av. J.C., Livre III, §33, trad. BRÉGUET Esther, Gallimard, 1994.

COMMISSION ON HUMAN SECURITY, **Human Security Now: Final Report**, New York, Commission on Human Security, 2003.

COURNARI Laurent, "Aristote, Commentaire du livre IV des Politiques", **Philopsis**, éditions numérique, http://www.philopsis.fr (31.03.2021).

DELEUZE Gilles / GUATTARI Felix, **L'anti-Œdipe**, Minuit, Paris, 1972.

ELLIS Brian, **The Philosophy of Nature, A Guide to the New Essentialism**, Acumen Publishing Limited, Chesham, 2002.

ESTRADA-TANCK Elena Dorothy, **Human Security and Human Rights under International Law: Crossroads and Possibilities**, European University Institute, 2010, http://www.operationspaix.net/DATA/DOCUMENT (26.03.2021).

FINNIS John, "Natural law Theories", **The Stanford Encyclopedia**, Metaphysics Research Lab, Stanford University, https://plato.standford.edu/archives/sum2020/entries/natural-law-theories/ (31.03.2021).

FRIEDRICH Carl Joachim (Ed.), **The Philosophy of Kant: Moral and Political Writings**, New York, The Modem Library, 1949.

FUKUDA-PARR Sakiko / MESSINEO Carol, **Human Security: A critical review of the literature**, Centre for Research on Peace and Development, Working Paper n. 11, KU Leuven, January, 2012.

HOBBES Thomas, **Léviathan. Traité de la matière, de la forme et du pouvoir de la république ecclésiastique et civile**, 1651, traduit de l'anglais par FOLLIOT Philippe à partir de HOBBES Thomas of Malmesbury, **Leviathan or the Matter, Forme and Power of a Commonwealth Ecclesiastical and civil**, London, Printed for Andrew Crooke, 1651, Chicoutimi, Québec, janvier 2004.

HUMAN SECURITY NETWORK, http://www.humansecuritynetwork.org/network-f.php (26.03.2021).

KANT Immanuel, **The Doctrine of Virtue**, trans. of GREGOR Mary, New York, Harper Torchbooks, 1964.

KHONG Yuen Foong, "Human Security: A Shotgun Approach to Alleviating Human Misery?", **Global Governance**, vol. 7, 3 July-September 2001, pp. 231-236.

LEANING Jennifer / ARIE Sam, **Human Security: A Framework for Assessment in Conflict and Transition**, Prepared for US AID, Tulane Complex Emergency Response and Transition Initiative (CERTI), Tulane University. December 2000.

LEVI-STRAUSS Claude, **Les structures élémentaires de la parenté**, PUF, Paris, 1949.

LIOTTA Peter Hearns / OWEN Taylor, "Why Human Security?" in **The Whitehead Journal of Diplomacy and International Relations**, vol 7, 1, Winter/Spring 2006, pp. 37-54.

LOCKE John, **Traité du gouvernement civil**, 1690, trad. française de MAZEL David, 1795 à partir de la 5ème édition de Londres publiée en 1728, Chicoutimi, Québec, 2002.

NATIONS UNIES ASSEMBLEE GENERALE, **Résolution adoptée par l'Assemblée générale le 10 septembre 2012** [sans renvoi à une grande commission A/66/L.55/Rev.1 et Add.1)] A/RES/66/290 66/290, Suite donnée au paragraphe 143 sur la sécurité humaine du Document final du Sommet mondial de 2005, 25 octobre 2012.

NEF Jorge, "Human Security, Mutual Vulnerability and Sustainable Development: A Critical View", **The Whitehead Journal of Diplomacy and International Relations**, vol. 7, n. 1, Winter-Spring 2006, pp. 55-73.

NIETZSCHE Friedrich, **La volonté de puissance**, 2 tomes, Gallimard, Paris, 1995.

OURLIAC Paul, GAZZANIGA Jean-Louis, **Histoire du droit privé français**, II, 4, Albin Michel, Paris, 1985.

OWEN Taylor, "Human security. Conflict and Consensus: Colloquium Remarks and Proposal for a Threshold-Based definition", **Security Dialogue**, vol. 35, n. 3, September 2004, pp. 373-387.

PROGRAMME DES NATIONS UNIES POUR LE DEVELOPPEMENT, **Rapport mondial sur le développement humain**, Paris, Economica, 1994

RIMBOUX Elsa, "Politique", **Grand Dictionnaire de la Philosophie**, Edition numérique, Larousse, Bibliothèque Nationale de France, pour la bibliothèque numérique Gallica, 2003, pp. 2397-2399.

ROBERTSON David, **The Routledge Dictionary of Politics**, 3rd Ed., Taylor and Francis Group, Routledge USA and Canada, New Fetter Lane, London, New York, 2004.

ROUSSEAU Jean-Jacques, **Du contrat social ou Principes du droit politique**, 1762, Document produit en version numérique par TREMBLAY Jean-Marie, Les classiques des sciences sociales, Paris, 1963.

RUSSELL Bertrand, **A History of Western Philosophy and its Connection with Political and Social Circumstances from the Earliest Times to the Present Day**, Simon and Schuster, New York, 1945.

SAINT-HILAIRE Jules Barthelemy, **La Politique d'Aristote**, Traduite en Français d'après le Texte Collationné sur Les Manuscrits et les Éditions Principales, Troisième Édition, Revue et Corrigée, Paris, Librairie Philosophique de Ladrange, 1874.

SCRUTON Roger, "Politics", **The Palgrave Macmillan Dictionary of Political Thought**, 3rd edition, Palgrave Macmillan, New York, 2007.

TANZELLA-NITTI Giuseppe, "The Aristotelian-Thomistic Concept of Nature and the Contemporary Debate on the Meaning of Natural Laws", **Acta Philosophica**, n. 6, 1997.

TRICAUD François, "Hobbes et Locke: convergences et divergences", in: XVII-XVIII. **Bulletin de la société d'études angloaméricaines, des XVIIe et XVIIIe siècle**, n. 25, 1987, http://www.persee.fr/doc/xvii_0291-3798_1987_num_25_1_1120 (01.04.2021).

UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, **Resolution adopted by the General Assembly on 10 September 2012** [without reference to a Main Committee (A/66/L.55/Rev.1 and Add.1)], Follow-up to paragraph 143 on human security of the 2005 World Summit Outcome, A/RES/66/290 66/290, 25 October 2012.

VLIETINCK Edward, "La philosophie de l'histoire", in **Revue néo-scolastique de philosophie**, 25e année, n. 97, 1923, pp. 85-95; https://www.persee.fr/doc/phlou_0776-555x_1923_num_25_97_2334 (01.04.2021).

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2021; 1: 119-132

HEGEL'İN ÖZGÜRLÜK ANLAYIŞI GÜNÜMÜZDE NASIL YORUMLANABİLİR?(*)

Doç. Dr. **Birden GÜNGÖREN BULGAN**(**)

Öz: Hegel'in özgürlük anlayışı bugün için bize nasıl bir katkı sunabilir? Hegel'de özgürlüğün keyfilik ya da seçme özgürlüğü olmadığını, bir bilinçlenme süreci olduğunu söyleyebiliriz. Köle efendi diyalektiği üzerinden özgürleşmenin Hegel'de ancak bir başkasıyla karşılaşmayla başladığını görmekteyiz. Fransız Devrimi eleştirileri çerçevesinde ise bireysel ve soyut bir özgürlüğün eleştirisini bulabilmekteyiz. Hegel'in özgürlük anlayışının toplumsal zorunlulukların farkındalığı ile gerçekleşmekte ve soyut özgürlük bu şekilde somutlaşmaktadır. Toplum içinde birey, diğerleri ile bir bağımlılık ilişkisi içerisindedir. Hegel'de sosyal özgürlük olarak da tanımlanan bu özgürlük anlayışı toplumsal örgütlenme ile mümkündür. Atomize birey anlayışı yerine bir organizasyonun önemi bugün içinden geçtiğimiz dönemde çok daha fazla önem kazanmaktadır. Bireylerin hak ve ödevlerinin ne kadar iç içe geçtiği günümüzde yaşadığımız pandemi ortamında alınan önlemlerle daha fazla gözler önüne serilmektedir. Ancak özgürlük ve güvenlik arasındaki dengenin çok hassas olduğu ve orantılılık ilkesinin mutlaka gözetilmesi gerektiği de unutulmamalıdır.

Anahtar Kelimeler: Hegel, Özgürlük, Köle-Efendi Diyalektiği, Hak, Ödev.

HOW TO INTERPRET HEGEL'S NOTION OF FREEDOM TODAY

Abstract: What can Hegel's notion of freedom say to us today? We see that Hegel's notion of freedom is not solely arbitrariness or freedom to choose but it is a process of raising consciousness. The master-slave dialectic shows us that freedom only begins with getting to know the other and with the recognition of one another. In his

(*) Makale Gönderim Tarihi: 01.04.2021. Makale Kabul Tarihi: 25.05.2021.

(**) Galatasaray Üniversitesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi (ORCID no: 000-002-4756-3666; *bgungoren@gsu.edu.tr*).

critic of the French Revolution we can see that Hegel is against an abstract and individualistic freedom. Hegel's notion of freedom is based on the consciousness of the inherent social obligations and abstract freedom could only be concretized this way. We see the interdependency of individuals in the civil society. This conception of freedom, also described as social freedom, is only possible within an organisation. The impact of an organization instead of an atomistic notion of an individual is even clearer these very days that we live in. The precautions taken in the days of pandemic prove us how the rights and duties of an individual cannot be separated. But we also should not don't forget that the relation between freedom and security is very fragile and a principle of proportionality has to be observed.

Keywords: Hegel, Freedom, Master Slave Dialectic, Right, Duty.

GİRİŞ

Hegel'in ölümünden iki yüz elli yıl sonra özgürlük anlayışını neden hala tartışıyoruz? Hegel'in ölümünün 250. yıldönümünde Korona Virüs ile karşılaştık. Hegel'in ölümünün nedeni de bazı kaynaklarda Kolera salgını olarak gösterilmektedir.[1] Hegel'in özgürlük anlayışı günümüzde, içinden geçtiğimiz bu dönemde nasıl bir katkı sunabilir mi? Covid-19 döneminde Hobbes'un tabii hali[2], Carl Schmitt'in olağanüstü hal tanımı gibi Hegel'in de özgürlük anlayışı da tekrar gündeme gelmiştir.

Almanya'da Covid-19 çerçevesinde Hegel'in felsefesi ve özgürlük anlayışı tekrar değerlendirilmiştir. Žižek'in "Tin, bir virüstür"[3] çıkışıyla başlayan ve başka düşünürlerin de dahil olduğu bir tartışma başlamıştır.[4] Hegel ve Korona üzerine bir kitap bile yayınlandığını görebiliyoruz.[5] Hatta Jena Üniversitesinde "Hegel, Kriz ve Korona" başlıklı bir etkinlik de düzenlenmiştir.[6] Hegel'in ölümünün 250. Yılında Özgürlük Düşünürü olarak Hegel, başlıklı bir monografi yayınlayan Klaus Vieweg röportajında Almanya'da gençlerin düzenlediği korona partilerinin özgürlük olmadığını Hegel'in özgürlük anla-

---

1 BİEDERMANN Georg, **Georg Wilhelm Friedrich Hegel**, Urania Verlag, 1981, Leipzig, s. 164.

2 AGAMBEN Giorgio, "Covid-19 Tartışmasına Dair Yazılar", çev. Erkal Ünal, **Çivisi Çıkan Dünya. Covid-19 Salgını Üzerine Muhasebeler**, Runik Kitap, İstanbul, 2010, s. 16; https://www.theamericanconservative.com/articles/with-coronavirus-comes-the-hobbesian-leviathan/

3 ŽİŽEK Slavoj, "Gözetlemek ve Cezalandırmak mı? Evet, Lütfen!", çev. Mehmet Semih Öztekin, Koray Kırmızısakal ve Öznur Karakaş, **Çivisi Çıkan Dünya. Covid-19 Salgını Üzerine Muhasebeler**, Runik Kitap, 2010, İstanbul, s. 28.

4 Žižek'in Pandemi ile ilgili tespitleri için bkz. ŽİŽEK Slavoj, **Pandemic! Covid-19 Shakes the World**, OR Books, New York & London, 2020, s. 79.

5 HEİNRİCHS Johannes, **Dialektik jenseits von Hegel und Corona**, Academia, 2020.

6 https://www.jena-veranstaltungen.de/veranstaltungen/16-11-2020-hegel-krise-und-corona-hegels-aktualitat-fur-heutige-konflikte.

yışını ele alınarak açıklanmaya çalışmaktadır.[7] Vieweg özellikle yaşama ve sağlık hakkının en üstün özgürlük olduğunu ve Hegel'in sosyal devletin öncülüğünü yaptığını belirtmektedir. Hegel'in ortaya koyduğu özgürlük kişilerin her istediğini yapma keyfiliği değildir. Hegel'de özgürlük bir bilinçlenme serüvenidir. Özgür olmak akılcı hareket etmek demektir. Bu nedenle Hegel'in özgürlük anlayışını anlamak için önce özgür irade kavramını değerlendirmemiz gerekir. Bu çalışmada Hegel'in özgürlüğe bakışını daha iyi anlamak için soyut ve somut özgürlük kavramlarına yer verilecektir. Hegel'in soyut özgürlük eleştirisi ele alındıktan sonra genel irade ve dayanışma kavramlarını nasıl değerlendirdiği Axel Honneth'in sosyal özgürlük kavramı da ele alınarak irdelenecektir. Halkın bilinçlenmesi konusu hak ve görev ilişkisi ele alınarak değerlendirilecek ve son olarak güvenlik özgürlük ilişkisinde orantılılık prensibinin önemine yer verilecektir.

I. ÖZGÜRLÜK KEYFİLİK DEĞİLDİR!

Hegel'in özgürlük anlayışını anlamak için öncelikle özgürleşme ve bilinçlenmenin bireyde nasıl gerçekleştiğini ele almak gerekmektedir. Bireyin itki (*Trieb*) ve iradelerden (*Wille*) özbilince nasıl ulaştığını anlamak önemlidir.[8] İnsan düşünerek itki ve ihtiyaçları akılcı olana dönüştürmektedir. Sadece itkilerinin, güdülerinin peşinde olan insan Hegel'e göre çiğdir ve başkalarını yaralar.[9] Oysa düşünen insan itkilerini kontrol etmeye başlar. Amaç itkileri tamamen devre dışı bırakmak değildir; onlara akılcı bir biçim vermektir. İtki önce arzu/istek (*Begierde*) haline gelmektedir. Birey kendi gereksinimlerin karşılarken yeni yeni gereksinimler hisseder. Bu da sivil toplumdaki çelişkiler içinde bir yozlaşmayı beraberinde getirir.[10] Keyfi irade özgürlüğünün ifadesi olarak mülkiyet hakkının korunması gereksinimler sisteminin bir parçasıdır.[11] Mülkiyet, Hegel'in *Hukuk Felsefesinin Temel İlkeleri*'nde soyut hukuk içerisinde ele aldığı ilk konudur. Soyut hukuk içerisinde ayrıca sözleşme ve haksızlık konularını da inceler. Kitabın ikinci bölümünde Hegel,

---

7 https://www.saarbruecker-zeitung.de/nachrichten/kultur/was-uns-hegel-ueber-die-corona-beschraenkung-sagen-kann_aid-49871993.

8 Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz. GÜNGÖREN Birden, **Die Bedeutung von Hegels Spinoza-Lektüre Für Seine Staats- und Rechtstheorie**, Logos Verlag, 2011, s.16-27.

9 HEGEL G. W. F., **Grundlinien der Philosophie des Rechts,** Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1986, s. 71.

10 DOĞAN İlyas, **Özgürlükçü ve Totaliter Düşünce Geleneğinde Sivil Toplum**, Alfa Yayınları, 2002, s. 121.

11 DOĞAN, s.121.

ahlak konusunu inceler ve toplumsal bir ahlak anlayışı geliştirerek kendisini Kant'tan ayırır. *Hukuk Felsefesi'nin Temel İlkeleri*'nin üçüncü bölümünde ele aldığı törellik/toplumsal ahlak (*Sittlichkeit*) Hegel'in aile, sivil toplum ve devleti incelediği son bölümdür. Sivil toplum (*bürgerliche Gesellschaft*) alt başlığında ise ihtiyaçlar sistemini, hukuk sistemini ve polis ve korporasyonları ele almaktadır. Sivil toplum iradelerin keyfi olduğu, çıkarların çatıştığı ancak aynı zamanda bireylerin iradelerinin korporasyon gibi kuruluşlarla özgür iradeye dönüşebildiği yerdir.

Hegel'e göre doğal irade keyfi olandır ancak iradenin belirlenmesi ve özgür iradeye dönüşmesi gereklidir. İradenin özgürleşebilmesi için ise başka bir iradeye ihtiyacı vardır. İradenin özgürleşmesi için başka bir iradeye ihtiyaç duyulması Hegel'de özgür iradenin ancak başkaları ile bir ilişki içinde gerçekleşmesi anlamına gelir. Bireylerin birbirinden bağımsız olarak özgürleşemeyeceği Hegel'in özgürlük anlayışını günümüze taşıyan ve güncel kılan yanıdır. Bir diğer önemli yanı da özgürlüğün bir bilinçlenme süreci sonucunda gerçekleşmesidir. Özgür irade varsayılan bir şey değildir özgür irade ancak tanınma ve bilinçlenme ile gerçekleşmektedir. Bu bilinçlenme süreci Hegel'de köle-efendi diyalektiği ile somutlaştırılır. Hegel hukuk biliminin özgür irade ile başladığını ifade etmektedir.[12] Bu nedenle köle efendi diyalektiğinin Hegel'de sosyal sözleşme kavramı yerine geçmekte olduğu da söylenmektedir.

II. KÖLE-EFENDİ DİYALEKTİĞİNİN ÖZGÜRLÜK AÇISINDAN ÖNEMİ

Hegel'de özbilinç (*Selbstbewusstsein*) köle-efendi diyalektiği aracılığıyla açıklanır. Tanınma teorisi ya da köle-efendi diyalektiği (*Herrschaft und Knechtsschaft*) birçok alana uyarlanmış bir teoridir. Özellikle *Tinin Fenomenolojisi'*nde ele alınan bir teori olmasına rağmen, *Hukuk Felsefesinin Temel İlkeleri* başlıklı eserinde de bu teoriye gönderme yapıldığını görmekteyiz.[13] Nedir bu çok sık anlatılan köle efendi diyalektiği ya da tanınma teorisi? Aslında *Knecht* toprağa bağlı köle, serf anlamına gelmekte, köle ise *sklave* olarak karşılanmaktadır.[14] Bu nedenle Hegel'in bahsettiği aslında

---

12 HEGEL, 1986a, s. 123-124.

13 HEGEL, 1986a, s. 123-126.

14 Kervégan da Fransızca çevirideki benzer bir olguya dikkat çekmektedir. Hegel, köleyi sadece tarihsel olarak değil hakimiyet ilişkisi içerisinde değerlendirmek gerektiğini belirtmektedir (KERVEGAN Jean-François, **Hegel et l'hégelianisme**, Puf, 2005, s.20).

toprağa bağlı feodal dönemin serfidir daha çok ancak Hegel *sklave* yani köle kavramını da *Hukuk Felsefesinin Temel İlkeleri*'nin bazı yerlerinde kullanmaktadır.[15] Tanınma teorisi devletlerarası ilişkilerden feminist teori de dahil olmak üzere günümüzde birçok farklı konuya uyarlanmaktadır.[16]

Köle-efendi ilişkisinde efendi, ikili savaşta ölüm korkusunu yendiği için galip gelmiştir ancak köle korku nedeniyle itaat etmektedir. Burada Hobbes'un da toplumsallaşmanın temelinde gördüğü korku temasını bulabiliriz.[17] Ancak Hegel korku nedeniyle köle haline gelen bireylere bu kölelikten bir kurtuluş yolu göstermektedir. Bu da kölenin emeğinin bilincinde olmasıyla gerçekleşebilir. Burada özbilinci kuran iki kavram olarak korku ve çalışmayı görmekteyiz.[18] Başlangıçta efendi, saygınlık uğruna verdiği savaşta elde etmiş olduğu özgürlüğünü, kölenin kendi hizmetinde çalışması yoluyla, dış dünyada gerçekleştirmekteydi.[19] Bumin'e göre kölenin sahip olduğu özgürlük kavramı henüz onun hayatında gerçekleşmiş değildir. İlk başta köle kendi bireysel iradesinden vazgeçmiştir. Ancak kendi iradesinden vazgeçmesi gerçek özgürlüğün de çıkış noktasıdır. Onun özgürlük düşüncesini gerçekleştirmesi için doğayı kendi düşüncesine göre dönüştürmesi yeterli değildir, ayrıca efendiyle olan ilişkisini dönüştürmesi yani kendi köleliğini olumsuzlanması gerekir.[20] Çünkü Hegel'de bir anlamda bu kendi isteklerinden, bencilliğinden vazgeçerek itaat etmeye alışmak insanın eğitiminde önemli bir aşamadır. Peki köle nasıl özbilince ulaşacaktır? Alexandre Kojève'in belirttiği gibi kölenin korkusu, çalışma ve eğitimle özbilince evrilir.[21]

Hegel'de köleliğin hem içsel hem de dışsal bir boyutu vardır. Kölenin özgürleşmesinin düşünsel ve bedensel bir boyutu vardır. Stoacılarda daha

---

15 G. W. F. Hegel, 1986a, s.123.

16 Bu konuda bkz. BUTLER Judith, **Subject of Desire**, Columbia University Press, 1987; STARK Hannah, "Judith Butler's post-Hegelian Ethics and the problem with recognition", **Feminist Theory**, 2014, s. 90; BUTLER Judith, **Cinsiyet Belası. Feminizm ve Kimliğin Altüst Edilmesi**, İstanbul, Metis Yayınları, 2005.

17 Reyda Ergün makalesinde Hobbes ve Spinoza'nın korku kavramını ele aşılarındaki farklılığa dikkat çekmektedir (ERGÜN Reyda, "Leviathan ve Teolojik-Politik İnceleme ile Politik İnceleme'de Korku Kavramı" **Spinoza Günleri. Teolojik Politik İnceleme Etrafında**, Yayına hazırlayan Cemal Bali Akal, Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2009, s.49).

18 BUMİN Tülin, **Hegel. Bilinç Problemi. Köle-Efendi Diyalektiği. Praksis Felsefesi**, Yapı ve Kredi Yayınları, 2005, s.46.

19 BUMİN, s. 47.

20 BUMİN, s. 49.

21 KOJÈVE Alexandre, **Hegel Felsefesine Giriş**, YKY, 2001, s. 53-55.

çok özgürlüğün içsel boyutu üzerinde durulmaktadır. Stoacılığa göre insan düşündüğü için ve düşündüğü sürece özgürdür.[22] Birey köle olsa da özgürleşebilir ancak stoacılar sınıfsal düzeni değiştirmedikleri için bu stoacılarda tembel akıl olarak eleştirilen de bir konudur. Ancak bu içsel özgürlük Roma stoasının geliştiği dönemde kölelik karşıtı gelişmelerin de gerçekleşmesini sağlamıştır.[23] Hegel yorumcularından Kojève farklı dönemlerde Hegel'in özgürlük anlayışındaki ilerlemeyi ortaya koyar. Kojève Stoacılarda düşünce özgürlüğü, Hıristiyanlıkta dünyevi efendiden tanrısal efendiye itaate geçiş olduğunu ve Fransız Devrimi'nde burjuvanın sermayenin kölesi olduğu için kendisinin kölesi olduğunu belirtmektedir.[24]

Hegel'de kölenin özgürleşmesi efendi ile eşitlenmesi ve toplumsal alanda özgür iradeye sahip bir vatandaş haline gelmesi demektir. Hegel bu nedenle hukuku da özgür irade ile başlatır. Hegel *Hukuk Felsefesinin Temel İlkeleri*'nde içinde yaşadığı sınıflı toplumu (tözsel sınıf, formel ve genel sınıf) ele alsa da tanınma ve özgürleşme ile bu sınıfsal yapıyı aşma yolunu gösterir.

Antik Yunan'dan Roma'ya oradan da Hıristiyanlıkta giderek daha fazla kişinin vatandaş sayılmasını sağlayan dünya tarihi içinde özgürlüğün gelişmesi söz konusudur. Hegel, *Tarih Felsefesi Dersleri*'nde de özgürlük bilincindeki bu ilerlemeyi ortaya koymaya çalışmaktadır.[25] Tarih felsefesine doğu toplumlarıyla başlayan Hegel özgürlüğün dönüşümünü ve nasıl somutlaştığını göstermeye çalışır.

III. HEGEL'İN SOYUT ÖZGÜRLÜK ELEŞTİRİSİ

Hegel'e göre özgürlüğün çift boyutlu bir anlamı vardır. İlki özgürlüğün içeriğine ilişkindir. Diğeri biçimseldir.[26] Hegel'in Fransız Devrimi'nde ortaya konan soyut özgürlüğe karşı olduğu söylenebilir. Ona göre bu özgürlüğün

---

22 BUMİN, s.54.

23 Seneca'nın "Lucillus'a 47. Mektup" (*Epistulae Morals ad Lucillum*) insanların eşitliğinden bahsetmekte ve köleliğin doğal yaşamdan ayrılmakla ortaya çıktığını söylemektedir. Ayrıca Seneca "bizim de köleler kadar yazgının elinde olduğumuz düşünülürse biz de köle değil miyiz?" diye sormaktadır. Epictetus ise ilkesel olarak köleliği reddetmekte ve Aristoteles'i eleştirmektedir. Marcus Aurelius ise zulme uğrayan kölelerin serbest bırakılması için mahkemeye talep hakkı tanımaktadır.

24 KOJÈVE, s. 59-71.

25 HEGEL G. W. F., **Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte**, Suhrkamp Verlag, 1986, s. 59.

26 HEGEL, 1986b, s. 529.

soyut[27] olması hayata geçirilmesindeki zorluktadır. Hegel Fransız Devrimi'ni muhteşem bir güneş doğuşu olarak tanımlamaktadır.[28] Fransız Devrimi'nde ortaya konan özgürlük anlayışının bir ilerleme teşkil ettiğini ancak bunun somut bir özgürlüğe dönüşmesi gerektiğini belirtmektedir.[29] Hegel Fransız Devrimi sonrasındaki terör dönemini de eleştirmektedir. Terör döneminde özgürlüğün soyutlaştığını ve bunun yerine erdemin geçtiğini belirtmektedir.[30] Hegel aynı zamanda liberalizm soyutlamasının da Fransız Devrimi ile diğer ülkelere ihraç edildiği kanaatindedir.[31] Hegel'e göre soyut özgürlükle sağlam bir organizasyon yapılması mümkün değildir.[32] Somut özgürlük ise Hegel'e göre kişinin güçlerini kullanabilmesine imkan tanır. Hatta bütün devlet görevlerine girebilme şansı sunmaktadır[33] çünkü somut özgürlük Hegel'e göre ancak devlet içerisinde gerçekleşmektedir.[34] Devlet ona göre gerçek özgürlüğün somutlaşmış halidir.

Günümüzde Hegel'in somut özgürlüğü neden bizim için önemli? Özgürlüğün bireysel boyutu olduğu gibi toplumsal boyutu da vardır. Bu nedenle Hegel'de somut özgürlük bir arada yaşamanın toplumsal zorunlulukların bilincinde olarak gerçekleşecek bir özgürlüktür. Özgürlüğün sosyal boyutu günümüzde de tekrar tartışma konusu olmuştur. Özgürlüğün keyfi hareket etmek olmadığı, bir bilinçlenme süreci olduğu giderek daha sık ifade edilmektedir. Aynı şekilde ifade özgürlüğünün her istediğini söylemekten farklı bir şey olduğu, nefret söylemlerinin, ırkçılığın korunmadığı görülmektedir. Bunu AHİM kararlarını incelediğimizde de görebiliriz.[35]

Hegel, kamusal ifadenin sınıf toplantılarında ifade edilmesi gerekliliği üzerinde durur.[36] Sınıf toplantılarının herkese açık olmasının önemli olduğunu

---

27 Hegel soyutluk eleştirisini "Wer denkt Abstrakt"ta ortaya koyar ve bilgili değil bilgisiz insanların soyut düşündüğünü ortaya koymaya çalışır (HEGEL G. W. F., "Wer denkt Abstrakt?", **Jenear Schriften**, 1901-1807, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1970, s. 577).

28 HEGEL, 1986b, s. 529.

29 HEGEL, 1986b, s. 527.

30 HEGEL, 1986b, s. 532.

31 HEGEL, 1986b, s. 535.

32 HEGEL, 1986b, s. 534.

33 HEGEL, 1986b, s. 530.

34 HEGEL, 1986a, s. 530.

35 ÇANKAYA Özden; BATUR YAMANER Melike, **Kitle İletişim Özgürlüğü,** Turhan Kitabevi, 2006, s. 68-73.

36 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. BAVARESCO Agemir, **La théorie Hégélienne de L'Opinion Public**, L'Hamattan, Paris, 2000.

vurgulamaktadır. Ancak basın özgürlüğü her istediğini yazmak anlamına gelmemelidir.[37] Hegel ifade özgürlüğü konusunda tehlike kriterine başvurarak bir kıvılcımın sağlam bir zemine ya da bir barut fıçısına düşmesi benzetmesi üzerinde durur.[38] Hegel, cezalandırılabilecek bazı eylemleri cezalandırmak yerine, Nemesis'e havale edilebileceğini söylemektedir. Nemesis'in önemsenmemesi gerektiğine ilişkin önerme de nefrete nefretle, ifadeye cezayla karşılık verilmesinin faydasız oluşuna ilişkin bir gönderme olarak okunabilir.[39]

IV. GENEL İRADE, SOSYAL ÖZGÜRLÜK VE DAYANIŞMA

Günümüzde yaşadığımız kısıtlamalar bireylerin özgürlüklerinin ne kadar iç içe geçtiğinin bir kanıtıdır. İnsanların birbirinden bağımsız (atomize) değil bir organizasyon içinde olması gerektiği daha iyi anlaşılmıştır. Hegel'e göre bireyler devlet içinde korporasyonlar aracılığıyla örgütlenmelidir. Bireylerin atomize olması değil belli meslek grupları aracılığıyla organize olması gereklidir. Covid-19 yayıldığından beri aslında bireyselliklerin toplumun faydası adına sınırlandırıldığı gözlenebilmektedir. Bu açıdan Hegel'in bireyin ancak toplum içinde özgürleşebileceği düşüncesi tekrar önem kazanmaktadır.

Hegel'e göre ancak bir hukuk sistemi içinde birey özgür bir iradeye sahip olabilir. Buradan Hegel'in sosyal özgürlük anlayışına ve hakları görevlerle birlikte ele almasına ve dayanışma konusunda söylediklerine gelebiliriz. Hegel'in özgürlüğü sosyal boyutta ele almasını genel irade kavramı ile de açıklayabiliriz. Hegel'de genel irade Rousseau'daki gibi iradelerin toplamından oluşan bir irade değildir. Hegel, Rousseau'da sosyal sözleşme fikrini tek tek bireylerin keyfiliğine dayandığı gerekçesiyle eleştirmektedir.[40] Hegel'deki genel irade tek tek her bireyde oluşması gereken bir iradedir. Ancak bu genel irade ya da Hegel'in bahsettiği insanın toplumda kazandığı ikinci doğa, bir bilinçlenme sürecinin ürünüdür ve burada eğitim çok önemli bir rol oynamaktadır. İkinci doğa insanın toplumsallaşmasının bir sonucudur.

---

37 HEGEL, 1986a, s.486.

38 GÜNGÖREN Birden, "Hegel'de Teolojik Politik İnceleme", **Spinoza Günleri. Teolojik Politik İnceleme Etrafında**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, yayına haz. Cemal Bali Akal, 2009, ss. 123; Hegel'in tehlike kriterinden bahsetmesi bize J. S. Mill'i de hatırlatmaktadır. BATUR YAMANER Melike; GÜNGÖREN Birden, "Spinoza'dan Mill'e, Mill'den AİHM'ne İfade Özgürlüğü", **GSÜHF**, 2007/2, s. 25-46.

39 GÜNGÖREN Birden, "Hegel'de Teolojik Politik İnceleme", **Spinoza Günleri. Teolojik Politik İnceleme Etrafında**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2009, s. 124.

40 HEGEL, 1986a, s. 400.

Fransız Devrimi ile bireysel özgürlükler ön plana çıkmaktaysa da devrimin önemli parolalarından biri kardeşliktir ve bu açıdan Axel Honneth[41] kardeşlik fikrinden gelişen dayanışma fikrinin Hegel'de önemine değinir. Sosyal özgürlük kavramından bahseden Honneth dayanışma kavramını ön plana çıkarmaktadır.[42] Bu çerçevede öznelerarası bir özgürlük anlayışından bahsedilebilir.

Bu açıdan Hegel'in yorumları Covid çerçevesinde alınan güvenlik önlemleri perspektifinden değerlendirildiğinde bireylerin dayanışma duygusuyla ve birbirleri olmadan özgür olamayacakları bilinciyle hareket etmeleri gerekmektedir. Ancak Hegel tüm bireylerin özgür iradeye ulaşamayacağının farkındadır. Aile ve arkadaşları ile buluşma isteği bir ölçüde akılcı davranmaya engel olup kişilerin kendi istekleri doğrultusunda bencil bir şekilde hareket etmelerine neden olabilir. Ancak Hegel'de özgürlüğün her istediğini yapma özgürlüğü olmadığını söylemiştik. Hegel'de özgürlük bireyin toplumdan bağımsız olmadığı bilinci ile ilişkilidir. Bireyde oluşacak genel irade de bireysel çıkarlarının ötesinde toplumsal gereklilikleri gözetmesiyle yakından ilişkilidir. Bireylerin kendiliğinden görev bilinciyle hareket etmeleri (maske takmaları, sosyal mesafeye dikkat etmeleri) genel iradeyi ne kadar içselleştirdikleriyle bağlantılıdır. Özgürlük ve güvenlik arasındaki dengede bir yandan bireylerin serbest dolaşım özgürlüğü sokağa çıkma yasağıyla sınırlanıyor ise de diğer yandan başkalarının sağlık hakkı gözetiliyor.

V. HAK VE GÖREV İLİŞKİSİ BAKIMINDAN HALKIN BİLİNÇLENMESİ

Hegel bilinçsiz hareket eden kitleyi yığın (*Pöbel*) diye nitelendirir. Bilinçli hareket eden kitle ise halk ruhunu[43] oluşturur ve halkın gelişimi sağlar.[44] Halkın bir kesiminin hayat şartlarındaki düşüşten bahseden Hegel,

---

41 Honneth hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. ÇÖREK Dolunay, **Axel Honneth'in Toplum Felsefesi'nde Tanınma ve Özgürlük**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2020.

42 HONNETH Axel, **Das Recht der Freiheit**, Suhkamp Verlag, Berlin, 2011, 94; 308.

43 Tarihçi hukuk okulunun halk ruhu kavramı ile karşılaştırıldığında daha dinamik bir karakteri vardır. Halk ruhu kavramı nasyonal sosyalizm sonrasında hatırlattıkları nedeniyle kullanılması tercih edilmeyen bir kavramdır. Nasyonal sosyalizm döneminde genel olarak Hegel'in kullandığı kavramlarının içinin farklı doldurulduğunu görmekteyiz. Hegel'in Yahudilere bakışı dönemin izlerini taşısa da nasyonal sosyalizmdeki değersizleştirmeden uzaktır. Hegel'e göre insan siyasi düzenin insan olduğu için öznesidir yoksa "Yahudi, Katolik, Protestan, Alman ya da İtalyan olduğu için değil" sözü de bunu doğrular niteliktedir. Bkz. HEGEL, 1986a, s.360; SİEP Ludwig, **Der Staat als irdischer Gott**, Mohr Siebeck, 2015, s. 49.

44 HEGEL, 1986a, s. 389.

Pöbel'in[45] aynı zamanda hukuka inancın yitmesiyle ilişkili olduğunu da belirtir.[46] Hegel özellikle fakirlerin kendi haline bırakılmaması açıkta dilenmelerine izin verilmemesi gerektiğini düşünmektedir.[47] Bu Hegel'de bir açıdan sosyal devlet bakış açısının var olduğunu bize göstermektedir. Vieweg, iki yüz yıldır Hegel'inki ile yarışabilecek bir özgürlük anlayışının dile getirilmediğini belirtirken Hegel'in özgürlüğün hem sosyal hem de siyasi boyutuna dikkat çeker.[48] Ayrıca Hegel'in adalet ve sosyal devlet kavramlarını da temellendirdiğini belirtir.[49]

Hegel, bireyin atomize olmaması, meslek örgütlerinde kendisini var etmesi gerektiğini belirtir. Bu açıdan korporasyonlar ikinci bir aile gibidir.[50] Birey korporasyona katılarak kendini toplum içinde gerçekleştirecek ve etkin olacaktır. Korporasyonların evrensele doğru dönüşmede sahip oldukları görev ve yetkiler vardır. Korporasyon üyelerinin eğitimi önemlidir çünkü bu üyeler daha sonra önemli sosyal fonksiyonlar yerine getirecektir.[51] Bu şekilde devlet içerindeki örgütlenme gerçekleşecektir. Doğan'a göre sadece meslek kuruluşuna üye olmak bile kişinin köle-efendi diyalektiğini aştığını gösterir.[52] Korporasyon sivil toplumdaki ahlaki parçalanmışlığı ve bölünmüşlüğü giderme görevi ifa eder.[53] Hegel'in korporasyon öğretisi açısı Faşist İtalya'ya örnek olduğu gibi sosyalist örgütlenmeye de esin kaynağı olmuştur.

Hukuk Felsefesinin Temel İlkeleri'ni incelediğimizde Hegel'in hak ve görevin birbiriyle bağlantısını ortaya koyduğunu görüyoruz. Görev kişinin hem kendi çıkarı hem de başkalarının çıkarı için çalışmasıdır.[54] Hegel'e göre kölenin görevi (*Pflicht*) yoktur çünkü hakları da yoktur.[55] Bu açıdan görev yani *Pflicht* kavramı Hegel'de ancak hakları olan kişi için geçerlidir.[56] Hegel'e göre görev keyfiliği

---

45 *Pöbel*'in aynı zamanda proleterya anlamında da kullanılmaktadır (DOĞAN, s.132).

46 HEGEL, 1986a, s. 389.

47 HEGEL, 1986a, s. 391.

48 VIEWEG Klaus, **Hegel. Philosoph der Freiheit**, Beck C.H., 2019, s.775.

49 VIEWEG, s.775.

50 HEGEL, 1986a, s. 396.

51 DOĞAN, s. 134.

52 DOĞAN, s. 134.

53 DOĞAN, s. 135.

54 HEGEL, 1986a, s. 250-251.

55 HEGEL, 1986a, s. 408-409.

56 Ghandi de hakların ödevlerden kaynaklandığını belirtmektedir (https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000211747).

sınırlandırır.[57] Bu açıdan görev itaat etmekten fazlasıdır. Hegel'e göre bireyin en önemli görevi bir devletin vatandaşı olmaktır.[58] Peperzak, Hegel'de görev ve erdem arasındaki ilişkiyi ortaya koymaya çalışmaktadır.[59] Bugün açısından Hegel'in görev anlayışını yorumlarsak bireyin sadece kendi çıkarlarını değil içinde yaşadığı toplumu da gözetmesi ve onun çıkarları için de çalışması gerektiği düşüncesine ulaşabiliriz. Bu açıdan yaşama ve sağlık hakkına sahip bireyler salgını sonlandırmak için üzerine düşen görevleri de yapmakla yükümlüdürler.[60]

VI. ÖZGÜRLÜK GÜVENLİK İLİŞKİSİ

Son olarak özgürlük güvenlik ilişkisine değinmek gerekirse. Sokağa çıkma yasakları, bu yasaklarda getirilen yaş sınırlandırmaları özellikle Türkiye'de eleştiri konularından biridir. Almanya'da da özellikle Korona protestolarına getirilen sınırlandırmalar tartışma konusu olmuştur. Burada devletin bireyi kendisinden koruduğunu ve onun adına karar verdiğini görmekteyiz. Ancak devlet bir yandan bireylerin sağlıklı yaşama hakkını sağlamakla da yükümlüdür. Burada en önemli ilkelerden biri ölçülülük ilkesidir.

Almanya'da temel haklara ilişkin protesto hakkı Covid nedeniyle sınırlandırılmıştır (Münih/Giessen) En son Berlin'deki protestoların nedeni kabul edilen Corona'dan korunmaya ilişkin yeni yasa tasarısının (Infektionsschutzgesetz) yürütmeyi güçlendirmesi nedeniyledir. Muhalefetten bazı kesimler yürütmeye fazla güç tanınmasını temel hakları ihlal edecek bir Korona diktatörlüğü kurma tehlikesi barındırdığını söylemektedir. Bu noktada haklara ilişkin sınırlandırmaların temel haklar gözetilerek ve ölçülülük ilkesi dikkate alınarak yapılması önem taşımaktadır. Ancak Vieweg, özgürlüğün yanış anlaşıldığına dikkat çeker ve Hegel'in corona dönemini bir istisna hali olarak tanımlayacağını belirtir.[61] Hegel istisna halini *Notrecht* çerçevesinde açıklar. Hegel, aç bir kimsenin çaldığı ekmeği sıradan bir hırsızlık olarak görmemek gerektiğini belirtir.[62] Bu çerçevede ancak zorunluluk ya da istisna hali hukuk dışı bir davranışı haklı hale getirebilir.[63]

---

57 HEGEL, 1986a, s. 297.

58 HEGEL, 1986a, s. 399.

59 PEPERZAK, Adriaan TH, "Hegels Pflichten- und Tugendlehre", **Grundlinien der Philosophie des Rechts**, Hrsg. Ludwig SİEP, Akademie Verlag, Berlin, 2005, s. 187.

60 Görev ve dayanışma konusunda giderek daha fazla çalışma yayınlanmaktadır. Bkz. PRECHT Richard David, **Von der Pflicht**, Goldmann, 2021.

61 https://www.uni-jena.de/en/200410_Vieweg_Interview_en.

62 HEGEL, 1986a, s.241.

63 HEGEL, 1986a, s.241.

Hegel'in bireysel özgürlüklere getirilen sınırlandırmaları toplumun faydasına ve akılcı olduğu ölçüde onaylayacağı kanaatindeyim. Bu açıdan hem bireylerin hem de devleti yönetenlerin keyfi değil akılcı hareket etmeleri önemlidir. Zira Spinoza'nın belirttiği gibi yönetenler de Tanrı değil sık sık sirenlerin şarkısı tarafından baştan çıkarılan insanlardır. Spinoza'nın verdiği Ulysses örneğindeki gibi geminin direğine bağlı Ulysses'in tehditler savurarak eşlikçilerine kendilerini çözmelerini emrettiği zaman onların bunu yapmayı reddederek aslında onun buyruğunu yerine getirmektedirler.[64] Bu açıdan en önemlisi hem Spinoza hem de Hegel'in vurguladığı gibi keyfiliği dengeleyecek kurumların sağlamlaştırılmasıdır.

SONUÇ

Hegel'in özgürlük anlayışı, özgürlüğün keyfilik değil bir bilinçlenme meselesi olduğunu bize hatırlatmaktadır. Hegel, özgürlüğün sadece bireysellikle ilişkilendirilemeyeceğini, sosyal bir boyutu olduğunu ortaya koymaktadır. Hegel'de iradenin özgürleşebilmesi için başka bir iradeye ihtiyacı vardır. Hegel'de bu başka bir iradeye duyulan ihtiyaç ve ikili ilişki üzerinden tanımlanan bilinçlenme serüveni köle-efendi diyalektiği ile açıklanır. Köle-efendi ilişkisi Kojève tarafından tarihsel bir bağlamda ele alınmakta ve özgürlüğün farklı dönemler içerisinde nasıl geliştiğini göstermektedir. Ancak bu diyalektik ilişki günümüzde kadın-erkek ve tüm ezilen kesimlere ve hâkimiyet ilişkilerine uyarlanabilecek bir teoridir.

Hegel, Fransız Devrimi ile ortaya çıkan soyut özgürlük kavramını eleştirmektedir. Soyutluk, bu özgürlüklerin hayata geçirilmesindeki zorluktadır ve Hegel'e göre özgürlüğün somutlaşması ve bireyin toplumla ilişkisi kavranmalıdır. Bireylerin atomize değil organizasyon içerisinde olması gerekliliği içerisinden geçtiğimiz dönemde vurgulanan bir husustur. Özgürlüğün sosyal boyutu Honneth gibi düşünürlerce vurgulanmıştır. Bireylerin ve hatta toplumun bilinçlenmesi ve hak ve ödev ilişkisi de Covid sürecinde tekrar sorgulanan, üzerinde durulan konulardandır. Bireylerin sadece kendi çıkarlarını düşünmemesi içinde bulunduğu toplumla var olduğunun farkına varması bu açıdan önemlidir.

Covid döneminde yaşama hakkının ve sağlıklı olmanın en önemli özgürlük olduğu bir dönemde bedensel sınırlandırmaların, yani evde kalma zorunluluğu bir özgürlük kısıtlaması olsa da bilinçlenmenin yolunu da açabilir. Evde kalmak bizi yalnızlaştırsa da birlikte hareket etme bilinci ve bunun getirdiği dayanışma duygusu bireylerin birbirine nasıl bağlı olduğunu ve özgürlüğün dayanışma ve toplumsal ağlar üzerine kurulu olduğunu bize hatırlatmaktadır.

---

[64] SPİNOZA, Benedictus, **Tractatus Politicus**, Dost Yayınları, Ankara, 2007, s. 53.

KAYNAKÇA

AGAMBEN Giorgio, "Covid-19 Tartışmasına Dair Yazılar", çev. Erkal Ünal, **Çivisi Çıkan Dünya. Covid-19 Salgını Üzerine Muhasebeler**, Runik Kitap, 2010, s.11-17.

BATUR YAMANER Melike / GÜNGÖREN Birden, "Spinoza'dan Mill'e, Mill'den AİHM'ne İfade Özgürlüğü", **GSÜHFD**, S. 2007-2, 2009, s. 25-46.

BAVARESCO Agemir, **La théorie Hégélienne de L'Opinion Public**, L'Hamattan, Paris, 2000.

BİEDERMANN Georg, **Georg Wilhelm Friedrich Hegel**, Urania Verlag, Leipzig, 1981.

BUMİN Tülin, **Hegel. Bilinç Problemi, Köle-Efendi Diyalektiği**, Praksis Felsefesi, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2005.

BUTLER Judith, **Cinsiyet Belası. Feminizm ve Kimliğin Altüst Edilmesi**, İstanbul, Metis Yayınları, 2005.

BUTLER Judith, **Subject of Desire**, Columbia University Press, 1987.

ÇANKAYA Özden / BATUR YAMANER Melike, **Kitle İletişim Özgürlüğü**, Turhan Kitabevi, İstanbul, 2006.

ÇÖREK Dolunay, **Axel Honneth'in Toplum Felsefesi'nde Tanınma ve Özgürlük**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2020.

DOĞAN İlyas, **Özgürlükçü ve Totaliter Düşünce Geleneğinde Sivil Toplum**, Alfa Yayınları, İstanbul, 2002.

ERGÜN Reyda, "Leviathan ve Teolojik-Politik İnceleme ile Politik İnceleme'de Korku Kavramı" **Spinoza Günleri. Teolojik Politik İnceleme Etrafında**, Yayına hazırlayan Cemal Bali Akal, Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2009.

GÜNGÖREN Birden, "Hegel'de Teolojik Politik İnceleme", **Spinoza Günleri. Teolojik Politik İnceleme Etrafında**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2009, ss. 111-124.

GÜNGÖREN Birden, **Die Bedeutung von Hegels Spinoza-Lektüre Für Seine Staats- und Rechtstheorie,** Logos Verlag, Berlin, 2011.

HEGEL G. W. F., "Wer denkt Abstrakt?", **Jenear Schriften, 1901-1807,** Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1970.

HEGEL G. W. F., **Grundlinien der Philosophie des Rechts**, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1986.

HEGEL G. W. F., **Vorlesungen der Philosophie der Geschichte**, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1986.

HONNETH Axel, **Das Recht der Freiheit,** Suhrkamp Verlag, Berlin, 2011.

KERVÉGAN Jean-François, **Hegel et l'hégelianisme,** Puf, Paris, 2005.

KOJÈVE Alexandre, **Hegel Felsefesine Giriş**, çev. Selahattin Hilav, YKY, İstanbul 2001.

PEPERZAK Adriaan T. H., "Hegels Pflichten- und Tugendlehre", **Grundlinien der Philosophie des Rechts**, Hrsg. Ludwig SİEP, Akademie Verlag, Berlin, 2005, ss. 167-193.

SİEP Ludwig, **Der Staat als irdischer Gott**, Mohr Siebeck, Tübingen, 2015.

SPİNOZA, Benedictus, **Tractatus Politicus**, Dost Yayınları, Ankara, 2007.

VİEWEG Klaus, **Hegel Der Philosoph der Freiheit**, Beck C.H., München, 2019.

ŽİŽEK Slavoj, "Gözetlemek ve Cezalandırmak mı? Evet, Lütfen!", çev. Mehmet Semih Öztekin, Koray Kırmızısakal ve Öznur Karakaş, **Çivisi Çıkan Dünya. Covid-19 Salgını Üzerine Muhasebeler**, Runik Kitap, 2010, İstanbul, ss. 17-30.

İnternet kaynakları

https://www.jena-veranstaltungen.de/veranstaltungen/16-11-2020-hegel-krise-und-corona-hegels-aktualitat-fur-heutige-konflikte (Erişim Tarihi: 16.01.2021).

https://www.saarbruecker-zeitung.de/nachrichten/kultur/was-uns-hegel-ueber-die-corona-beschraenkung-sagen-kann_aid-49871993 (Erişim Tarihi: 15.01.2021).

https://www.uni-jena.de/en/200410_Vieweg_Interview_en (Erişim Tarihi: 15.01.2021).

https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000211747 (Erişim Tarihi: 23.03.2021).

https://www.deutschlandfunkkultur.de/mit-hegel-durch-die-coronakrise-freiheit-heisst-nicht-dass.1008.de.html?dram:article_id=474037 (Erişim Tarihi: 05.02.2021).

https://www.hurriyet.com.tr/avrupa/korona-ve-ozgurluk-tartismalari-41490527 (Erişim Tarihi: 02.03.2021).

https://www.nzz.ch/feuilleton/hegel-und-das-corona-jahr-wie-sich-staat-und-buerger-entfremden-ld.1562691?reduced=true (Erişim Tarihi: 02.03.2021).

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2021; 1: 133-149

EUROPEAN AGENCIES FOR CRIMINAL JUSTICE AND COOPERATION WITH TURKEY(*)

Doç. Dr. **Güneş OKUYUCU ERGÜN**(**)

Abstract: The role of the European Union's (EU) criminal law enforcement agencies in the fight against cross-border crimes have progressively increased over the past few decades. Thus, the traditional viewpoint that law enforcement in the EU is an exclusive matter for national authorities has almost been abandoned. Although the EU's criminal law enforcement agencies represent an important step forward in the path of an increasing integration, their main shortcoming stems from the lack of EU-wide rules of substantive and procedural criminal law. Such lack makes their activities dependent on, and constrained by, national laws. This paper suggests that the increasing role of the EU's law enforcement agencies should proceed hand in hand with the efforts for approximation of the national criminal laws of the Member States. Furthermore, additional mechanisms that offer the European law enforcement agencies adequate guidance at the European Convention on Human Rights standards are needed to allow EU citizens to truly enjoy their rights to free movement.

Keywords: Criminal Justice, European Union, Europol, Eurojust, European Public Prosecutor's Office, International Cooperation.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 05.02.2021. Makale Kabul Tarihi: 02.03.2021.

(**) Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi (ORCID no: 0000-0001-5401-2312; *okuyucu@law.ankara.edu.tr*).

CEZA YARGISI ALANINDA AVRUPA BİRLİĞİ KURUMLARI VE TÜRKİYE İLE İŞBİRLİĞİ

Öz: Avrupa Birliği'nin (AB) ceza yargısı alanındaki yetkili kurumlarının sınır ötesi suçlarla mücadele bakımından oynadıkları rol, son yirmi-otuz yılda giderek artmıştır. Bu süreçte AB'de hukukun uygulanmasının ulusal kurumlara mahsus bir yetki olduğu yönündeki geleneksel bakış açısı neredeyse tamamen terk edilmiştir. Her ne kadar AB'nin ceza yargısı alanındaki yetkili kurumlarının gelişimi entegrasyon bakımından olumlu bir adım olsa da karşılaştıkları en önemli zorluk hem esasa hem de usule ilişkin ceza hukuku kurallarının Birlik düzeyinde yeteri kadar mevcut olmamasından kaynaklanmaktadır. Bu eksiklik yetkili kurumların faaliyetlerini ulusal hukuklara bağımlı ve onlarla sınırlı hale getirmektedir. Bu çalışmada, AB'nin ceza alanındaki kurumlarının artan rolleri ile Üye Ülkelerin ulusal ceza hukuklarının birbirlerine yakınlaştırılması çalışmalarının bir arada ilerlemesi gereken süreçler olduğu ileri sürülmektedir. Ayrıca, söz konusu kurumlara faaliyetlerinde rehber olacak mahiyette ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi standartlarında ilave mekanizmaların oluşturulmasının, AB vatandaşlarının seyahat serbestisi haklarını gerçek anlamda kullanabilmeleri için bir gereklilik olduğu savunulmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Ceza Yargısı, Avrupa Birliği, Europol, Eurojust, Avrupa Savcılık Bürosu, Uluslararası İşbirliği.

I. INTRODUCTION

The need to have a transnational response to cross-border crimes led to the progressive development of the concept of "shared enforcement" in the EU.[1] The European law enforcement agencies have been an important tool in developing such concept since early years of the Union. In particular, the creation of the Area of Freedom, Security and Justice (AFSJ) in the Tampere Summit[2] in 1999 and its strengthening by the Treaty of Lisbon[3] in 2007 were landmarks for the increasing role of the European law enforcement agencies in the fight against cross-border crimes.[4]

---

1 See LUCHTMAN Michiel / VERVAELE John, "European Agencies for Criminal Justice and Shared Enforcement (Eurojust and the European Public Prosecutor's Office)", **Utrecht Law Review**, Volume 10, Issue 5 (December) 2014, pp. 132-150.

2 Presidency Conclusions of the Tampere Summit, 15 and 16 October 1999, https://www.europarl.europa.eu/summits/tam_en.htm (Date of Access: 21.12.2020).

3 Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, signed at Lisbon, 13 December 2007, OJC 306/1 (17 December 2007).

4 See WADE Marianne, "True EU citizenship as a precursor to genuine criminal justice in Europe: an analysis of EU citizenship as it relates to a sustainable area of freedom, security and justice", **Crime Law Forum 31**, 2020, pp. 291-344, https://link.springer.com/article/10.1007/s10609-020-09396-9 (Date of Access: 12.01.2021).

The AFSJ is closely linked with the free movement of persons, which necessitates an efficient cooperation between the member States to fight against cross-border crimes, such as terrorism, organised crime, cybercrime, trafficking in human beings, illegal drugs. Critical to achieve such efficient cooperation was to increase the competences of the European law enforcement agencies. Consequently, the European Union Agency for Criminal Justice Cooperation (Eurojust) and the European Public Prosecutor's Office (EPPO) have been empowered to set their own agenda on operational matters, to commence investigations and to deploy coercive measures all over the territories of the participating Member States.[5]

This study focuses on the roles of the EU agencies in the fight against transnational crimes and the progressive approximation of EU criminal law.[6] In the first part, the historical development and the functioning of the principal law enforcement agencies in the EU are analysed. In the second part, the cooperation of the European agencies with non-EU national and international law enforcement authorities is reviewed, with a specific focus on cooperation with Turkey.

II. EUROPEAN AGENCIES FOR CRIMINAL JUSTICE[7]

1. European Police Office (Europol)

Europol is one of the first institutions within the Justice and Home Affairs policy area in the EU. It was established by the Europol Convention of 1995[8] and started its full operation on 1 July 1999, with the aim of improving the cooperation between the law enforcement authorities of the Member States by sharing and pooling intelligence to prevent and combat serious international crime. It turned into an EU agency funded from the general budget of the EU in 2010.[9]

---

5 LUCHTMAN / VERVAELE, 2014, p. 141.

6 See SCHROEDER Werner, "Limits to European Harmonisation of Criminal Law", **The European Criminal Law Association's Forum** (EUCRIM), Issue 2, 2020, pp. 144-148.

7 The agencies analysed in this paper do not constitute an exhaustive list of the EU agencies in the field of criminal justice, but only the most important ones of them. Some of the other EU agencies in this area include the European Union Agency for Law Enforcement Training (CEPOL), the Standing Committee on Operational Cooperation on Internal Security (COSI), and the EU Intelligence Analysis Centre (EU INTCEN).

8 Convention of July 26, 1995 on the Establishment of a European Police Office /Europol Convention (Official Journal 1995 C 316).

9 Council Decision 2009/371/JHA of 6 April 2009 establishing the European Police Office (Europol), which entered into force on 1.10.2010 (Official Journal L 121, 15.5.2009, p. 37).

In 2016, its current legal framework, namely the Europol Regulation[10], was adopted. Pursuant to the Europol Regulation, Europol's main objective is to support and strengthen action by the competent authorities of the Member States and their mutual cooperation in preventing and combating serious crime affecting two or more Member States, terrorism and forms of crime which affect a common interest covered by an EU policy (Article 3). Its tasks include, among others, to (a) collect, store, process, analyse and exchange information, including criminal intelligence; (b) notify the Member States without delay of any information and connections between criminal offences concerning them; (c) coordinate, organise and implement investigative and operational actions to support and strengthen actions by the competent authorities of the Member States; (d) participate in joint investigation teams, as well as propose that they be set up; (e) provide information and analytical support to Member States in connection with major international events; and (f) support Member States' cross-border information exchange activities, operations and investigations (Article 4). However, Europol cannot apply coercive measures in carrying out its tasks (Article 4.5).

Europol has set up several specialised units, such as the European Cybercrime Centre (EC3), the European Migrant Smuggling Centre (EMSC), the European Counter Terrorism Centre (ECTC), the Intellectual Property Crime Coordinated Coalition (IPC3), the Financial Intelligence Units (FIUs), and the EU Internet Referral Unit (EU IRU).[11]

Europol also signed a cooperation agreement with Eurojust on 1 October 2009 (which repealed the agreement of 9 June 2004).[12] The purpose of the Agreement is to establish and maintain close cooperation between the Europol and Eurojust in order to increase their effectiveness in combating serious forms of international crime and to avoid duplication of work. In particular, the Agreement envisages the exchange of operational, strategic,

---

[10] Regulation 2016/794 of the European Parliament and of the Council of 11 May 2016 on the European Union Agency for Law Enforcement Cooperation (Europol) and replacing and repealing Council Decisions 2009/371/JHA, 2009/934/JHA, 2009/935/JHA, 2009/936/JHA and 2009/968/JHA (Official Journal L 135, 24.5.2016, p. 53-114).

[11] For more details see *"http://www.europol.europa.eu"*.

[12] Agreement No. 2010/00072 dated 1 October 2009, which entered into force on 1 January 2010, https://www.europol.europa.eu/sites/default/files/documents/Agreement_between_Eurojust_and_Europol.pdf (Date of Access: 21.12.2020).

and technical information, as well as the coordination of activities. As part of the implementation of the Agreement, Europol and Eurojust hold coordination meetings, a significant number of which deal with the establishment of Joint Investigation Teams (JITs). Europol has regular contact with the JIT secretariat hosted by Eurojust and continues to co-organise annual meetings of JIT national experts. Europol currently supports 17 JITs with Eurojust via signed arrangements, and a joint Task Force is in place to monitor and improve cooperation between both agencies.[13]

2. European Union Agency for Criminal Justice Cooperation (Eurojust)

The foundations of the idea to establish a Unionwide judicial cooperation unit were laid at the European Council Meeting in Tampere, Finland, in October 1999.[14] The Tampere Summit is considered as a milestone in the area of judicial cooperation as the heads of state and government discussed various aspects of judicial cooperation in criminal matters at the EU level and took important decisions in that regard. In particular, the Council stated, in its Presidency Conclusion 46, that a unit (Eurojust) should be set up composed of national prosecutors, magistrates, or police officers of equivalent competence, detached from each Member State according to its legal system, and it should have the task of facilitating the proper coordination of national prosecuting authorities and of supporting criminal investigations in organised crime cases. The Council also made special emphasis, in its Conclusion 48, to certain specific types of crimes to be focused in the first instance, such as financial crime (money laundering, corruption, Euro counterfeiting), drugs trafficking, trafficking in human beings, particularly exploitation of women, sexual exploitation of children, high tech crime and environmental crime.

Following the Tampere Summit, a provisional judicial cooperation unit was formed on 14 December 2000 in Brussels under the name Pro-Eurojust on the initiative of Portugal, France, Sweden and Belgium. Pro-Eurojust was the forerunner of Eurojust and its purpose was to try and test Eurojust's principles.[15]

---

[13] See https://www.europol.europa.eu/partners-agreements/operational-agreements?page=1 (Date of Access: 21.12.2020).

[14] Presidency Conclusions of the Tampere Summit, 15 and 16 October 1999, https://www.europarl.europa.eu/summits/tam_en.htm (Date of Access: 21.12.2020).

[15] See https://www.eurojust.europa.eu/about-us/history (Date of Access: 21.12.2020).

Eurojust was established in 2002 on the basis of the Council Decision 2002/187/JHA.[16] Its aim was to improve the coordination of investigations and prosecutions of crimes by the authorities in the Member States, by facilitating the implementation of mutual legal assistance and extradition requests. It may also assist Member States, upon request, in relation to investigations and prosecutions which involve non-Member States, to the extent Eurojust has signed a cooperation agreement with the relevant non-Member State.

Eurojust covers a wide range of types of crimes and offences such as terrorism, drug trafficking, human trafficking, counterfeiting, money laundering, cybercrime, crime against property or public goods including fraud and corruption, criminal offences affecting the Union's financial interests, environmental crime and participation in a criminal organisation.

In July 2008, the European Council approved the Decision 2009/426/JHA on the Strengthening of Eurojust.[17] The new Decision's purpose was to increase the exchange of information by facilitating the cooperation with national authorities.[18]

The Lisbon Treaty[19] also included important provisions regarding Eurojust. It provided that Eurojust's mission was *"to support and strengthen coordination and cooperation between national investigating and prosecuting authorities in relation to serious crime affecting two or more Member States [...]"*.[20] The Lisbon Treaty removed the pillars and created a single framework for EU criminal law.[21] The provisions on criminal law are provided under part V, chapter 4 in the Treaty of the Functioning of the European Union.

---

16 2002/187/JHA Council Decision of 28 February 2002 setting up Eurojust with a view to reinforcing the fight against serious crime (Official Journal 2002 L 63, 02.03.2002. p.1).

17 Council Decision 2009/426/JHA of 16 December 2008 on the strengthening of Eurojust and amending Decision 2002/187/JHA setting up Eurojust with a view to reinforcing the fight against serious crime. The Decision was ratified in December 2008 and published on 4 June 2009.

18 The Decision is no longer in force as it was implicitly repealed by the Regulation (EU) 2018/1727 of the European Parliament and of the Council of 14 November 2018 on the European Union Agency for Criminal Justice Cooperation (Eurojust), and replacing and repealing Council Decision 2002/187/JHA.

19 Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, signed at Lisbon, 13 December 2007, OJC 306/1 (17 December 2007).

20 Article 85.

21 SUOMINEN Annika, "The Past, Present and the Future of Eurojust", **Maastricht Journal of European and Comparative Law**, Volume 15, Issue 2, 2008, pp. 217-234, p. 229. See also MITSILEGAS Valsamis, "The European Union and the Globalisation of Criminal Law", **Cambridge Yearbook of European Legal Studies**, Volume 12, 2010, pp. 337-407.

In November 2018, the European Parliament and the Council adopted the Regulation on the European Union Agency for Criminal Justice Cooperation[22], which brought new rules for Eurojust's relations with other institutions, such as the European Public Prosecutor's Office, provided a new data protection regime, and strengthened the role of the European and national Parliaments in the democratic oversight of Eurojust's activities. The New Eurojust Regulation established a new Agency for Criminal Justice Cooperation, the legal successor of Eurojust as established in 2002. The New Eurojust Regulation entered into force in December 2019, and Eurojust became the EU Agency for Criminal Justice Cooperation.

Eurojust has the authority to deal with a wide range of criminal offences, including terrorism, trafficking in human beings, narcotics offences and serious fraud. It supports and strengthens coordination and cooperation between national investigating and prosecuting authorities in relation to serious crimes which affect two or more Member States, or requires prosecution on common bases.

According to Eurojust's 2019 Annual Report, Eurojust provided support to prosecutors from the EU and third countries in nearly 8000, and as a result of such cooperation, approximately EUR 2 billion in criminal assets was frozen, illicit drug trafficking worth over EUR 2.8 billion was brought to a halt, and nearly 2700 suspects were arrested.[23] Such vast experience of Eurojust, collected through its extensive case work and valuable lessons learned, is expected to be helpful for the activities of the recently established EPPO as well[24], which is analysed in II.D below.

3. European Judicial Network (EJN)

The EJN is a network of national contact points for the facilitation of judicial cooperation in criminal matters in the EU. Originally, it was established by the Joint Action of the Council 98/428/IB[25] to fulfil recommendation No. 21 of the Action Plan to Combat Organised Crime[26]. In

---

22 Regulation 2018/1727, Official Journal L 295/138, 21.11.2018.

23 Published on 14 April 2020 https://www.eurojust.europa.eu/sites/default/files/2020-04/AR2019_EN.pdf (Date of Access: 21.12.2020).

24 SKERLEC Bostjan, "Eurojust and External Dimension of EU Judicial Cooperation", **The European Criminal Law Association's Forum** (EUCRIM), Issue 3, 2019, pp 188-193, p. 193.

25 Official Journal L 191, 7.7.1998.

26 Action plan to combat organized crime (Adopted by the Council on 28 April 1997). Official Journal C 251, 15.08.1997.

2008, its legal status was reinforced by the Council Decision 2008/976/JHA.[27]

Since 2002, its Secretariat is established as a separate unit within Eurojust. The Secretariat is responsible for the administration of the EJN and ensures the Network's functioning and continuity.

The EJN is composed of Contact Points in the Member States designated by each Member State among central authorities in charge of international judicial cooperation and the judicial authorities or other competent authorities with specific responsibilities within the context of international judicial cooperation (Article 2).

The EJN operates in particular in the following three ways: (a) it facilitates the establishment of appropriate contacts between the contact points in the various Member States in order to carry out its functions; (b) it organises periodic meetings of the Member States representatives; (c) it constantly provides a certain amount of up-to-date background information (Article 3).

4. European Public Prosecutor's Office (EPPO)

The European Public Prosecutor's Office (EPPO) was envisaged to be established by the Directive 2017/1371 of 5 July 2017 on the fight against fraud to the Union's financial interests by means of criminal law[28] as an independent EU body empowered to investigate and prosecute the crimes defined in the directive and to bring them to judgment before competent national courts. Indeed, the establishment of several European institutions such as Europol and Eurojust, were not deemed sufficient for an efficient investigation of serious crimes, and therefore, the EPPO was established as the EU's first supranational authority responsible for investigating and prosecuting criminal offences affecting its financial interests in the participating Member States, including fraud, cross-border value added tax (VAT) fraud, money laundering, misappropriation and corruption.[29]

---

[27] Council Decision 2008/976/JHA of 16 December 2008 on the European Judicial Network. Official Journal L 348/130.

[28] Official Journal L 198, 28.7.2017, p. 29-41, available at: *"http://data.europa.eu/eli/dir/2017/1371/oj"*.

[29] FOUDA Princessa / VELHO Julia / ZORILLA Julie, "The European Public Prosecutor Office, a New Key Player for Corporate White-collar Crime Investigations?", 13 January 2021, **International Law News**, https://www.americanbar.org/groups/international_ law/publications/international_law_news/ (Date of Access: 20.01.2021).

The legal basis of the Directive 2017/1371 was Article 325 of the Treaty on the Functioning of the European Union, which obliges the EU and EU countries to counter fraud and any other illegal activities affecting the EU's financial interests with measures that act as a deterrent. The criminal offences covered by the Directive are the crimes affecting the EU's financial interests and the EU budget, such as corruption, misappropriation, money laundering and serious offences against the VAT system, like VAT carousels. It also sets out common rules on sanctions and limitation periods in relation to such criminal offences. Such crimes fall within the core competence of the EPPO.

Three months after the adoption of the Directive, in October 2017, EPPO was established by the Council Regulation 2017/1939 implementing enhanced cooperation on the establishment of the EPPO.[30] Pursuant to the Regulation, the EPPO is responsible for investigating, prosecuting and bringing to judgment the perpetrators of, and accomplices to, criminal offences affecting the EU's financial interests. In that respect the EPPO shall undertake investigations, and carry out acts of prosecution and exercise the functions of prosecutor in the competent courts of the Member States, until the case has been finally disposed of (Article 4).

The EPPO has officially entered into force on 1 January 2021. It has both a Central Office in Luxembourg, and the European Delegated Prosecutors located in the participating EU countries. The central level, which consists of the European Chief Prosecutor and the College of prosecutors, is in charge to determine the criminal justice policy and to supervise the investigations conducted at the national level while the decentralized level carries out the investigation and prosecution on the national territory, and such divided structure enables the EPPO to ensure compliance with national rules while remaining independent of countries' interference as the decisions are issued by the central level.[31]

Structurally, the EPPO is independent from any other EU institution, however it cooperates with certain EU bodies such as Eurojust, Europol and the European Anti-Fraud Office (OLAF). None of the Eurojust, Europol and OLAF has the

---

[30] Official Journal L 283, 31.10.2017, p. 1-71, available at *"http://data.europa.eu/eli/reg/2017/1939/oj"*. The Regulation applies to the 22 participating EU countries, as follows: Belgium, Bulgaria, Czech Republic, Germany, Estonia, Greece, Spain, France, Croatia, Italy, Cyprus, Latvia, Lithuania, Luxembourg, Malta, the Netherlands, Austria, Portugal, Romania, Slovenia, Slovakia and Finland.

[31] FOUDA et al., 2021.

power to conduct criminal investigations and prosecutions. Although OLAF and Eurojust provide technical and operational assistance to facilitate the coordination of the EU countries' investigations, they cannot conduct criminal investigations by themselves. The EPPO has such power as the prosecution office of the EU.

The EPPO represents an important step forward in the path of an increasing integration, however it has some shortcoming mainly because of the lack of EU-wide rules of substantive and procedural criminal law. Such lack makes the activities of the EPPO dependent on, and constrained by, national laws more than it would be necessary for a body which aims to be a strong and efficient supranational prosecutor's office.[32]

In terms of EPPO's future, some scholars argue that the competences of EPPO should extend beyond just protecting the EU budget. For instance, the protection of the environment would be an appropriate area for such extension.[33]

The cooperation and coordination between the various European law enforcement agencies are also important as their competences increase. Recently, on 23 December 2020, the Regulation 2020/2223 was issued to as regards the cooperation between the EPPO and the OLAF.[34] According to the Regulation, OLAF should, in principle, not open an administrative investigation in parallel with an investigation by the EPPO into the same facts.[35]

III. INTERNATIONAL COOPERATION

1. In General

Cross-border crimes, as a global challenge, necessitates a global response. If crime crosses borders, so must law enforcement.[36] Most of the

---

[32] GIUFFRIDA Frida, "The European Public Prosecutor's Office: King without kingdom?", CEPS Research Report No 2017/03, February 2017, p. 40, https://www.ceps.eu/wp-content/uploads/2017/02/RR2017-03_EPPO.pdf (Date of Access: 28.12.2020).

[33] DE ANGELIS Francesco, "The European Public Prosecutor's Office (EPPO) - Past, Present, and Future", **The European Criminal Law Association's Forum (EUCRIM)**, Issue 4, 2019, pp. 272-276, p. 274.

[34] Regulation (EU, Euratom) 2020/2223 of the European Parliament and of the Council of 23 December 2020 amending Regulation (EU, Euratom) No 883/2013, as regards cooperation with the European Public Prosecutor's Office and the effectiveness of the European Anti-Fraud Office investigations, Official Journal L 437, 28.12.2020, p. 49-73.

[35] Para. 9 of the Recitals.

[36] See Foreword of the United Nations Convention against transnational organised crime; Official Journal L 261, 6.8.2004 p. 70-115.

crimes that constitute a serious risk for the EU has a transnational nature that exceeds the borders of the Union. Consequently, the EU has signed bilateral and multilateral agreements and treaties with several countries and international institutions.

The European Community is a party to the United Nations Convention against transnational organised crime, which aims to promote cooperation to prevent and combat transnational organised crime more effectively (Article 1)[37] and the Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism[38], which aims to enhance the efforts of Parties in preventing terrorism and its negative effects on the full enjoyment of human rights, in particular the right to life, both by measures to be taken at national level and through international cooperation, with due regard to the existing applicable multilateral or bilateral treaties or agreements between the Parties (Article 2).

The above-mentioned conventions supplement the previously signed other international conventions of international cooperation against crime, to which the EU or Member States are party, including, among others:

(i) European Convention on Extradition, 13 December 1957 (ETS No. 24);

(ii) European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters, 20 April 1959 (ETS No. 30);

(iii) European Convention on the Suppression of Terrorism, 27 January 1977 (ETS No. 90);

(iv) Additional Protocol to the European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters, 17 March 1978 (ETS No. 99);

(v) Second Additional Protocol to the European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters, 8 November 2001 (ETS No. 182);

(vi) Protocol amending the European Convention on the Suppression of Terrorism, 15 May 2003 (ETS No. 190).

The EU has also concluded bilateral agreements on extradition, mutual legal assistance and other cooperation in criminal matters with certain third

---

[37] Official Journal L 261, 6.8.2004 p. 70-115.

[38] Official Journal L 159, 22.6.2018, p. 3-14.

parties, such as the United States of America[39], Iceland and Norway[40], Switzerland[41], Japan[42], Korea[43], Iraq[44], Indonesia[45] and Canada[46].

2. Cooperation with Turkey

Cooperation between the EU police and judicial cooperation agencies and the competent authorities of Turkey is crucial for both EU and Turkey with regard to combat against certain serious crimes, such as smuggling, drug trafficking, and human trafficking. Most recently, such cooperation has become a more pressing necessity after the intensification of the Syrian refugee problem.[47]

Although there is no mutual assistance agreement between the EU and Turkey, there are 47 cooperation agreements between Turkey and 22 Member States in relation to the fight against international crime, with a view to sharing information and conducting joint operations, and in total, Turkey has signed 180 security cooperation agreements with 106 countries.[48]

---

39 Agreement on mutual legal assistance between the European Union and the United States of America, Official Journal L 181, 19.7.2003, p. 34-42.

40 The Agreement between the European Union and the Republic of Iceland and the Kingdom of Norway on the application of certain provisions of the Convention of 29 May 2000 on Mutual Assistance in Criminal Matters between the Member States of the European Union; Official Journal L 26, 29.1.2004, p. 3-9.

41 Cooperation agreement between the European Community and its Member States, of the one part, and the Swiss Confederation, of the other part, to combat fraud and any other illegal activity to the detriment of their financial interests, Official Journal L 046, 17.02.2009 p. 0008-0035.

42 Agreement between the European Union and Japan on mutual legal assistance in criminal matters; Official Journal L 39, 12.2.2010, p. 20-35.

43 Framework Agreement between the European Union and its Member States, on the one part, and the Republic of Korea, on the other part; Official Journal L 20, 23.1.2013, p. 2-24.

44 Partnership and Cooperation Agreement between the European Union and its Member States, of the one part, and the Republic of Iraq, of the other part; Official Journal L 204, 31.7.2012, p. 20-130.

45 Framework Agreement on comprehensive partnership and cooperation between the European Community and its Member States, of the one part, and the Republic of Indonesia, of the other part; Official Journal L 125, 26.4.2014, p. 17-43.

46 Strategic Partnership Agreement between the European Union and its Member States, of the one part, and Canada, of the other part; Official Journal L 329, 3.12.2016, p. 45-65.

47 ÜNVER Akın / KIM Grace, "Report on Cross-Border Data Transfers and Data Localization", EDAM Cyber Policy Paper Series No. 2016/3, June 2016, https://edam.org.tr/wp-content/uploads/2017/03/data_transfers_en.pdf (Date of Access: 18.12.2020).

48 EU Commission's Country Report 2020 for Turkey, SWD (2020) 355 final, Brussels, 6.10.2020, p. 44, https://www.ab.gov.tr/siteimages/trkiye_raporustrateji_belgesi_2020/turkey_report_2020.pdf (Date of Access: 21.01.2021).

Law No. 6706 on International Judicial Cooperation in Criminal Matters[49], which was enacted on 23 April 2016, constitutes the main piece of legislation governing judicial cooperation in criminal matters under Turkish law.

In the Progress Reports of the EU Commission on Turkey prior to 2014, failure to ratify the Council of Europe Convention on Cybercrime (ETS No. 185) was mentioned among the obstacles for efficient international judicial cooperation. Turkey ratified the Convention on Cybercrime on 29 April 2014 and the Convention entered into force in Turkey as of 1 January 2015.

On 18 May 2004, a Cooperation Agreement was signed between Europol and Turkey.[50] The purpose of the Agreement was to enhance the cooperation of the Member States and Turkey in preventing, detecting, suppressing, and investigating serious forms of international crime, in particular through the exchange of strategic and technical information.

The Cooperation Agreement envisages the "exchange of expertise", whereby Turkey and Europol agree to exchange (i) strategic and technical information of mutual interest; (ii) law enforcement experience including the organisation of scientific and practice-oriented conferences, internships, consultations and seminars; (iii) legislation, manuals, technical literature and other law enforcement materials; and (iv) training.

Consultation process constitutes another feature of the Cooperation Agreement. The points of contact designated by Turkey and Europol shall consult each other regularly on policy issues and matters of common interest for the purpose of realising their objectives and coordinating their respective activities. Consultation may also be arranged at the required level between representatives of the law enforcement authorities of Turkey and Europol responsible for the areas of criminality.

One of the most important mechanisms provided by the Cooperation Agreement relates to "request for assistance". The Cooperation Agreement provides that each party may submit a "request for assistance" to the other party. A request for assistance must be in writing. Upon such request, the requested Party must take all necessary measures to ensure a prompt and

---

[49] Published in the Official Gazette No. 29703 dated 5 May 2016.

[50] The Agreement on Cooperation between the European Police Office and the Republic of Turkey dated 18 May 2004.

complete execution of the request, and to ensure confidentiality of the fact that the request was made, the contents of the request and any annexed documents, as well as the fact that it has provided assistance. The requested Party must inform the requesting Party of the results of the execution of the request at its earliest convenience, and must immediately notify about any circumstances that may hamper the execution of the request or considerably delay its execution.

Confidentiality, which is an important requisite of criminal investigations, is also aimed to be protected under the Cooperation Agreement. It provides that each Party must take the measures necessary to protect the information received from the other Party, which are equivalent to those applied by the submitting Party to ensure its confidentiality. The correlation of such protection measures must be determined by mutual consent between the Parties.

Furthermore, it is also possible between the representatives of Turkey and Europol to hold working meetings to examine ways of strengthening and enhancing the efficiency of the cooperation.

The Country Report[51] 2020 for Turkey stated that the cooperation between Turkey and Member States with the support of Europol and Eurojust to combat smuggling of migrants and goods was successful, with joint investigation teams performing simultaneous actions against organised criminal groups smuggling migrants from the Middle East.[52] In 2019, EU Member States accepted 12 extradition requests from Turkey while 22 were rejected and 208 were pending, and there were 9 extradition requests from EU Member States, of which 7 were pending. EU Member States accepted 10 transfers of convicts to Turkey and Turkey accepted 3 transfers to an EU Member State. In 2019, Turkey was involved in 12 Eurojust cases on terrorism, the same number as in 2018.[53]

Despite such important mechanism provided under the Cooperation Agreement and the effective cooperation in practice, it should also be noted that the Cooperation Agreement clearly states that it does not authorise the

---

51 The European Commission's annual reports evaluating the progress achieved by the candidate countries, including Turkey, were called "Progress Report" until 2016, and have been called "Country Report" afterwards.

52 EU Commission's Country Report 2020 for Turkey, p. 45.

53 EU Commission's Country Report 2020 for Turkey, p. 53.

transmission of data related to an identified individual or identifiable individuals. Effective data privacy regime is also critical for efficient international judicial cooperation. Although Turkey has ratified both the "Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data (ETS No. 108)"[54] and the "Additional Protocol to the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data regarding Supervisory Authorities and Trans-border Data Flows (ETS No. 181)"[55] in 2016, Turkey has not yet signed the 2018 Protocol amending the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data (Council of Europe, CETS No 223)[56]. In addition, according to the EU Commission's Country Report 2020 for Turkey[57], certain requested legislative changes have not yet been adopted to ensure that the 2016 data protection law is harmonised with the EU acquis; the concerns regarding the exceptions for law enforcement and the independence of the Data Protection Authority have not yet been addressed; and the lack of alignment with the EU acquis is an obstacle to the possible cooperation with Eurojust and Europol.[58]

Due to such lack of alignment with the EU acquis in relation to data privacy regime, the Cooperation Agreement between Europol and Turkey is classified as a "strategic agreement", as opposed to an "operational agreement". There are mainly two types of cooperation agreements that Europol enter into with states outside the EU, namely the strategic and operational agreements. The main difference between them is that the strategic agreements are limited to the exchange of general intelligence and strategic/technical information, while operational agreements also allow for the exchange of personal data. The countries with which Europol signed an operational agreement include Australia, Canada, Colombia, Georgia, Iceland, Moldova, Montenegro, Serbia, Switzerland, Ukraine and the United States of America, and all of such operational agreements provide for exchange of personal data between the Europol and the relevant country.

---

54 https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/108 (Date of Access: 18.12.2020).

55 https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/181 (Date of Access: 18.12.2020).

56 https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/223 (Date of Access: 18.12.2020).

57 SWD (2020) 355 final, Brussels, 6.10.2020, https://www.ab.gov.tr/siteimages/trkiye_raporu strateji_belgesi_2020/turkey_report_2020.pdf (Date of Access: 21.01.2021).

58 EU Commission's Country Report 2020 for Turkey, p. 32.

In 2018, the EU Commission launched talks with Turkey for an "operational agreement" between Europol and Turkey, which are currently ongoing. The signing of an operational agreement with Europol is also a pre-requisite for the visa-free travel for Turkish citizens.

IV. CONCLUDING REMARKS

The role of the European law enforcement agencies in the fight against cross-border crimes have progressively increased over the past few decades. Consequently, the traditional viewpoint that law enforcement in the EU is an exclusive matter for national authorities has more or less been abandoned, and certainly mitigated.[59] Although the EU law enforcement agencies represent an important step forward in the path of an increasing integration, their main shortcoming stems from the lack of EU-wide rules of substantive and procedural criminal law. Such lack makes their activities dependent on, and constrained by, national laws.[60]

Indeed, advanced European models for transnational cooperation and the approximation of criminal law and procedure should go in hand in hand, to support the changes that have been introduced in transnational cooperation and to achieve the future plans that have been announced.[61] Furthermore, additional mechanisms that offer the authorities such as the Eurojust and the EPPO adequate guidance at the European Convention on Human Rights standards are needed to allow EU citizens to truly enjoy their rights to free movement.[62]

---

59 LUCHTMAN / VERVAELE, 2014, p. 141.

60 GIUFFRIDA, 2017, p. 40.

61 LUCHTMAN Michiel, "Transnational Law Enforcement Cooperation - Fundamental Rights in European Cooperation in Criminal Matters", **European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice**, Volume 28, Issue 1, 2020, pp. 14-45, p. 43.

62 LUCHTMAN / VERVAELE, 2014, p. 144.

BIBLIOGRAPHY

DE ANGELIS Francesco, "The European Public Prosecutor's Office (EPPO) - Past, Present, and Future", **The European Criminal Law Association's Forum (EUCRIM)**, Issue 4, 2019, pp. 272-276.

FOUDA Princessa / VELHO Julia / ZORILLA Julie, "The European Public Prosecutor Office, a New Key Player for Corporate White-collar Crime Investigations?", 13 January 2021, **International Law News**, https://www.americanbar.org/groups/international_law/publications/international_law_news/ (Date of Access: 20.01.2021).

GIUFFRIDA Frida, "The European Public Prosecutor's Office: King without kingdom?", **CEPS Research Report No 2017/03, February 2017**, p. 40, https://www.ceps.eu/wp-content/uploads/2017/02/RR2017-03_EPPO.pdf (Date of Access: 28.12.2020).

LUCHTMAN Michiel / VERVAELE John, "European Agencies for Criminal Justice and Shared Enforcement (Eurojust and the European Public Prosecutor's Office)", **Utrecht Law Review**, Volume 10, Issue 5 (December) 2014, pp. 132-150.

LUCHTMAN Michiel, "Transnational Law Enforcement Cooperation - Fundamental Rights in European Cooperation in Criminal Matters", **European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice**, Volume 28, Issue 1, 2020, pp. 14-45.

MITSILEGAS Valsamis, "The European Union and the Globalisation of Criminal Law", **Cambridge Yearbook of European Legal Studies**, Volume 12, 2010, pp. 337-407.

SCHROEDER Werner, "Limits to European Harmonisation of Criminal Law", **The European Criminal Law Association's Forum** (EUCRIM), Issue 2, 2020, pp. 144-148.

SKERLEC Bostjan, "Eurojust and External Dimension of EU Judicial Cooperation", **The European Criminal Law Association's Forum** (EUCRIM), Issue 3, 2019, pp. 188-193.

SUOMINEN Annika, "The Past, Present and the Future of Eurojust", **Maastricht Journal of European and Comparative Law**, Volume 15, Issue 2, 2008, pp. 217-234.

ÜNVER Akın / KIM Grace, "Report on Cross-Border Data Transfers and Data Localization", **EDAM Cyber Policy Paper Series No. 2016/3**, June 2016, https://edam.org.tr/wp-content/uploads/2017/03/data_transfers_en.pdf (Date of Access: 18.12.2020).

WADE Marianne, "True EU citizenship as a precursor to genuine criminal justice in Europe: an analysis of EU citizenship as it relates to a sustainable area of freedom, security and justice", **Crime Law Forum 31**, 2020, pp. 291-344, https://link.springer.com/article/10.1007/s10609-020-09396-9 (Date of Access: 12.01.2021).

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2021; 1: 151-237

FEODALİZMDEN KAPİTALİZME GEÇİŞ SÜRECİNDE İNGİLTERE'DE HUKUKİ DÜZENİN KURULUŞU VE İKTİDARIN PAYLAŞIMI(*)

Dr. Öğr. Üyesi **Şefik Taylan AKMAN**(**)

Öz: Bu çalışma İngiltere'nin Normanlar tarafından fethinden 18. yüzyılın başına uzanan tarihsel sürecini hukuki düzeninin dönüşümü bağlamında incelemektedir. Söz konusu dönüşümün irdelenmesinde ekonomik alt yapı ve politik üst yapıdaki gelişim, değişim ve çatışmaların etkileri esas alınmaktadır. Bu çerçevede krallar ile parlamento arasında yaşanan iktidar mücadeleleri ile toplumsal sınıflar arasındaki çatışmaların hukuki ve siyasi sonuçları tartışılmaktadır.

İlk olarak çalışma Ortaçağ İngilteresi'nde merkeziyetçi iktidarın ve hukuk düzeninin nasıl kurulduğunu sorgulamaktadır. Kuruluş aşamasının ardından tarımsal kapitalizmin gelişimi, daha sonra ticari kapitalizmin ortaya çıkışının bu düzen üzerindeki etkilerini araştırmaktadır. Bu süreçte üretim tarzındaki değişimler hem siyasal yapıyı hem hukuki kurumları etkilemiştir. Ancak Stuart hanedanlığının başlaması ile beraber geleneksel siyasal yapıda bir dizi dönüşüm yaşanmıştır. Stuartlar'ın mutlakiyetçi yönetim özlemleri kral ile parlamento arasındaki ortaklığı ve güç paylaşımını bozmuştur. Bununla birlikte kapitalistleşmeye başlayan iktisadi düzen, zenginleşmiş parlamento yanlısı sınıfların Stuart mutlakiyetçiliğine karşı muhalefetini doğurmuştur. Özünde burjuvazinin ve kapitalistleşen aristokratik unsurların siyasal iktidara talip olması ile başlayan süreç iç savaş, cumhuriyet, restorasyon ve 1688 Devrimi ile bir dizi aşamadan geçmiştir. 1688 Devrimi ile İngiliz modern devleti, kapitalist üretim tarzının gerekliliklerini karşılayabilecek bir siyasal düzeni ve onun hukuki kurumlarını inşa etmiştir. Bu süreçte yaşanan çatışma ve tartışmalar liberal siyasal teorinin ve hukuk düzeni anlayışının temel ilkelerini belirlemiştir.

Anahtar Kelimeler: İngiliz Hukuk Sisteminin Tarihsel Gelişimi, Kapitalizm ve Hukuk, Hukukun Ekonomi Politiği, Hukuk ve İktidar İlişkisi, 1688 İngiliz Devrimi.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 24.04.2020. Makale Kabul Tarihi: 28.01.2021.

(**) Hacettepe Üniversitesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi (ORCID no: 0000-0002-7809-8664; *taylanakman@hacettepe.edu.tr*).

THE ESTABLISHMENT OF THE LEGAL ORDER AND THE POWER-SHARING IN ENGLAND DURING THE TRANSITION PERIOD FROM FEUDALISM TO CAPITALISM

Abstract: This article scrutinizes England's historical period from the Norman Conquest to the beginning of the 18th century in the context of the transformation of its legal order. The analysis of this transformation is based on the effects of developments, changes and conflicts in the economic base and political superstructure. Concordantly the power struggles between the kings and the parliament and the conflicts among the social classes as a part of their legal and political consequences are also discussed.

Primarily, the article interrogates how the centralist power and the legal order were established in the medieval England. Following the establishment phase, it deals with the effects of development of agricultural capitalism and then the occurrence of commercial capitalism on this legal order. In this process, alteration in the mode of production affected both the political structure and legal institutions. However, with the beginning of the Stuart dynasty there have been a series of transformations in the traditional political structure. Stuarts' absolutist administration aspirations disrupted the partnership and power sharing between the king and the parliament. On the other hand, the economic order that started to capitalize generated the opposition of the enriched pro-parliamentary classes against Stuart absolutism. Essentially, the process that began with the bourgeoisie and the capitalist aristocratic elements aspiring to political power went through an array of phases with the civil war, the republic, the restoration and the Revolution of 1688. With the Revolution of 1688, the English modern state constituted a political order and its legal institutions that could meet the requirements of the capitalistic mode of production. Many conflicts and discussions that took place during the process have determined the fundamental principles of the liberal political theory and the conception of liberal legal order.

Keywords: The Historical Development of the English Legal System, Capitalism and law, Political Economy of law, The Relationship Between Law and Power, The English Revolution of 1688.

I. GİRİŞ

Çalışmada feodalizmden kapitalizme geçiş sürecinde İngiltere'deki iktisadi politik yapılar ile hukuki düzenlemeler arasındaki ilişki, egemenlik olgusundaki dönüşüm, devletin ve hukuk düzeninin merkezileşmesi, üretim tarzının temel unsuru olarak mülkiyet kavramı ile kiralamaya dayalı tarımsal faaliyetlerin niteliği ve zamanla ticari kapitalizmin belirmesi ekseninde burjuvazinin güç kazanarak sınıfsal çıkarları ve ideolojisi doğrultusunda kamu-

sal alanda kendini var edip siyasal iktidara talip olmasının hukuki - politik düzen üzerindeki etkileri ele alınacaktır. Giriş bölümünde öncelikle İngiltere'de feodalizmden kapitalizme geçiş sürecinin tarihsel gelişimine değinilecek, ardından bu tarihsel dönemin hukukun ekonomi politik analizi açısından nasıl inceleneceğinin ortaya konabilmesi amacıyla izlenecek yöntemin teorik çerçevesi ile genel hukuki yaklaşımı özetlenecektir. Makalede hukuk disiplininin geleneksel yöntemleri ve düşünsel kalıplarıyla sınırlanmadan, sosyal bilimlerin farklı alanlarındaki bulgulardan da yararlanılarak hukuk eksenli bir disiplinlerarası çalışma yürütülmesi amaçlanmaktadır.

İngiltere tarihinin dönüm noktalarından birinin 1066 yılında gerçekleşen Norman fethi olduğu kabul edilir. Çalışmanın başlangıç noktasını da bu fetih oluşturmaktadır. İngiltere topraklarının Norman kralların ve soyluların kontrolü altına girmesinin ekonomik, siyasi ve hukuki yapılar üzerinde dönüştürücü ve belirleyici etkileri olmuştur. Toprak mülkiyeti ve tarımsal üretimdeki değişim, feodal üretim ilişkilerinden kapitalist üretim ilişkilerine geçişin ilk basamağını oluştururken, yer yer şiddetli çatışmalar ve karşılıklı ödünler verilmiş olsa da krallar, kendi iktidarlarının tüm feodal unsurlarca tanındığı merkeziyetçi bir devlet yapılanması kurmaya yönelmişlerdir. Bu çatışma, ödün ve uzlaşma siyaseti ile merkezileşme eğilimi *Magna Carta* ve sonrasında paradoksal biçimde bir taraftan merkeziyetçi devlet anlayışını beslerken diğer taraftan parlamenter bir geleneği yavaş yavaş yerleştirerek bir güçler dengesi de yaratmıştır. Bu dengenin oluşumunda tüm ülkede uygulanacak genel hukuk kuralların vücut bulması, yani ortak hukuk *(common law)* anlayışının doğması ve krala bağlı bir hukuk ve yargılama düzeninin aristokratik unsurlarca kabul edilmesi önemli rol oynamıştır. Böylece hukuk düzeni, bir taraftan yasama ve yargı bağlamında merkezileşirken diğer taraftan kralın ve devletin otoritesini üstün hale getirerek geleneksel Kıta Avrupası feodalizminin aksine parçalanmış bir siyasal düzenden ve onun çok hukukluluğundan hukuki - siyasi otoritenin hükümdarın elinde temerküz etmeye başladığı yeni bir devlet yapılanmasının ortaya çıkışına yardımcı olmuştur.

İngiltere'de merkezi krallığın ve onun hukuk düzeninin oluşumunun ve kurumsallaşmaya başlamasının Kıta Avrupası örneklerinden ayrılan kendine has farklılıkları, İngiliz feodalizminin yapısını zamanla dönüştürdüğü gibi kapitalizminin gelişim çizgisini de önemli oranda etkilemiştir. Bununla birlikte İngiltere'nin iktisadi düzeninin özgünlüğü, yani özel mülkiyet, rant ve ücretli emeğe dayanan tarımsal kapitalizmin belirmesi de siyasal ve hukuksal yapı üzerinde söz sahibi olabilmek için verilen mücadeleleri gün yüzüne

çıkartıp feodaliteden kapitalizme dönüşüm sürecinde hukuk düzeni ile egemenliğin nasıl olması gerektiğine uzanan düşünsel tartışmaları alevlendirmiştir. Sermaye birikiminin yoğunlaşmasını sağlayacak ve başta ev imalat sistemi olmak üzere üretim süreçlerinde yaşanan dönüşümde etkili olacak ticari kapitalizmin yaygınlaşması, feodal hukuki ve siyasi kısıtlamaların da kaldırılmasıyla hem burjuvazinin hem kapitalistleşen aristokratik unsurların parlamentarizmin güçlendirilmesi taleplerini daha fazla dile getirmeye başlamalarıyla sonuçlanmıştır.

İngiltere'nin bu gelişim çizgisi 17. yüzyılda yeni bir tarihsel dönemece girmiştir. *Stuart* hanedanlarının İngiltere'yi yönetmeye başlamalarıyla beraber kral, aristokrasi ve hatta avam arasında belirli bir dengeye ve parlamentoların varlık ve etkinliğine dayanan yönetsel yapı ile hukuk düzeninin kontrolü hızla, başta yasama ve yargıya ilişkin yetkiler olmak üzere, kralın uhdesinde toplanmak istenmiş; kralın tüm yetkileri Tanrıdan aldığı yönündeki anlayış egemen kılınmaya çalışılmış; özetle mutlakiyetçi bir devlet yapılanması ön plana çıkarılmıştır. 1640'larda doruk noktasına ulaşan bu süreçte kral ile ona karşıt gruplar arasındaki gerilim giderek artmış ve nihayetinde önce iç savaş başlamış, daha sonra cumhuriyet rejimi, restorasyon dönemi gibi farklı aşamalardan geçilmiş ve 1688 Devrimi gerçekleşmiştir.

Şüphesiz belirli bir dönem ve yerdeki siyasal ve hukuksal düşünce ile tartışmalar o zaman ve coğrafyada geçerli olan ekonomi politik gerçekliğin bir yansımasıdır. 1640'tan 1688'e uzanan zaman diliminde kamusal alanda yürütülen tartışmalar da, İngiltere'nin ekonomi politik geçmişinin bu mirasından, giderek yoğunlaşmaya başlayan sınıf çatışması ve siyasal mücadele ortamından besleniyordu. Bu çatışma ve mücadeleler siyasal ve hukuksal yapıların kim tarafından ve nasıl kontrol edileceği ile egemenlik ilişkilerinin temel karakteristiğinin ne olacağı ve egemenliğe ilişkin yasal ve anayasal düzenlemelerinin içeriği gibi pek çok anlaşmazlık ve sorundan kaynaklanıyordu. Nihayetinde bu süreç, İngiltere'deki kapitalist gelişimin siyasal alanda kendini gösteren en kayda değer sonuçlarından biri ve burjuva sınıfının siyasal etkinliği ile gücünü tutucu aristokrasi ve kral karşısında dengelenmesinin sembolü olarak 1688 Devrimi'yle beraber yeni bir hukuksal - politik paradigma yaratmıştır. Çalışmanın sonunda kısaca değerlendirileceği üzere 1688 sonrası, mutlak monarşiye dayanan yönetim ihtimalinin tamamen sona erdiği, burjuva parlamenter demokrasisinin tüm siyasal ve hukuksal kurumlarıyla birlikte kapitalist üretim tarzıyla daha fazla uyumlaştırıldığı modern devlete geçiş sürecini pekiştirmiştir. Devrimin ardından İngiliz ekonomi

politik düzeninin hâkim gücü haline gelen burjuvazi, Sanayi Devrimi'nin ve onu müteakip sanayi kapitalizminin doğuşunun da öncülüğünü yapmıştır.

Tarihsel izleği bu şekilde özetlenebilecek İngiltere'de kapitalizme geçiş ve modern devletin oluşum sürecinin bu çalışma açısından önem arz eden yönü, hukukun ekonomi politik analizi çerçevesinde, söz konusu tarihsel olayların altında yatan ekonomik süreçlerin siyasal ve hukuksal yapıları ne yönde belirlediği ve aynı biçimde hukukun sadece bir belirlenen olarak değil aynı zamanda iktisadi ve siyasi yapılar üzerinde bir belirleyen olarak nasıl işlediği meselesidir. Bu meseleyi ele almadan önce hukukun ekonomi politik analiziyle ne anlatılmak istendiği ile buna ilişkin teorik çerçeve, daha sonra İngiltere'de 1688'de devrimle sonlanan sürecin incelemesinde ekonomik, politik ve hukuki kurumlar ile olguların bir arada değerlendirilmesinde nasıl bir metodolojinin benimsendiği kısaca açıklanmalıdır.

Hukukun ekonomi politik analizi açısından ilkin hukukun temel fonksiyonunun ne olduğu; ekonomik alt yapı, siyasal kurumlar, devlet ve toplum gibi unsurlar ile nasıl bir ilişki içinde bulunduğu ve hukukun yapısal niteliğinin ortaya konabilmesi için nasıl bir metodolojinin izlenmesi gerektiği üzerinde durulmalıdır. Hukukun ekonomi politik analizinde hukuk, ekonomi ve politika alanları arasında zorunlu bir ilişki ve karşılıklı bağımlılık bulunduğu kabul edilir. Fakat aynı zamanda bu alanların kendi içlerinde belirli ölçüde özerkliğe sahip oldukları da benimsendiği için söz konusu alanlara ilişkin analizler toplumsal yapı ve sınıfsal ilişkilerin çözümlemesini de içerecek biçimde, mümkün mertebe bütünsel bir yaklaşımla gerçekleştirilmeye çalışılır. Bu bağlamda ilk aşamada üretim ilişkilerinin ve üretim tarzının hukuk ile ilişkisinin açıklanması gerekir. *Marx*'a göre üretim ilişkileri, toplumsal bilinç şekillerine tekabül eden hukuki ve siyasi üst yapıyı öncelikle belirlemekte; keza iktisadi temeldeki değişimler, içinde hukukun da olduğu bütün bir üst yapıyı dönüştürebilmektedir[1]. Görüldüğü üzere *Marx* hukukun içeriğinin öncelikle üretim ilişkileri, yani ekonomik altyapı tarafından belirlendiğini söylemektedir. Ancak bu söylem, hukukun ekonomik ilişkiler alanı üzerinde hiçbir etkinliği olmadığı anlamına gelmez. Gerçekten *Marx* bir taraftan hukukun toplum tarihinden bağımsız bir tarihinin olmadığını söylerken[2] diğer taraftan ekonomik alt yapının -aralarına kuşkusuz hukukun da katılabileceği- doğal çevre, ırksal ilişkiler, dışsal tarihsel

---

1 MARX Karl, **Ekonomi Politiğin Eleştirisine Katkı**, (Çev. S. Belli), Sol, Ankara, 1993, s. 23.

2 MARX Karl / ENGELS Friedrich, **Devlet ve Hukuk Üzerine**, (Der. / Çev. R. Serozan), Çağdaş Hukukçular Derneği, İstanbul, 2010, s. 40.

etkiler vb. sayısız farklı deneysel durumdan etkilenerek sonsuz değişim ve nüanslar gösterebileceğini belirtmektedir[3]. Keza *Engels* 1890 tarihinde *Joseph Bloch*'a yazdığı mektupta, birer üstyapı unsuru olarak anayasaların ve diğer hukuksal düzenlemelerin tarihsel mücadelelerin biçimlerini belirlediğini[4]; yine aynı yıl *Conrad Schmidt*'e yazdığı mektupta ise bir hukuki düzenlemenin, belirli bir sınıfın egemenliğinin eksiksiz ve saf bir yansıması olması halinin seyrek görüldüğünü, modern devlette hukukun yalnızca genel ekonomik duruma uygun düşen bir yansıma olmadığını, kendisi de etkide bulunan, iç tutarlılığa sahip bir yapı olma özelliği gösterdiğini yazmıştır[5]. Söz konusu mektupta miras hakkının özünde iktisadi niteliğine vurgu yapmakla beraber, İngiltere ile Fransa'da miras hukukuna ilişkin çok farklı düzenlemeler olduğunu söylemekte ve bu farklı düzenlemelerin mülkün dağılımını -yani iktisadi alt yapı unsurlarını- etkilemek bakımından ciddi bir etki yarattığına dikkat çekmektedir[6]. *Milovanovic*'e göre de *Engels*, her ne kadar ekonomik altyapının hukuk ve diğer üstyapı kurumları üzerinde belirleyen konumunda olduğundan bahsediyorsa da, hukuk ile diğer üstyapısal unsurların da ekonomik alan üzerinde etki yaptıklarını vurgulamayı ihmal etmemektedir[7]. Bununla birlikte *Marx* ve *Engels*'in doğrudan hukuk üzerine yoğunlaşmadıklarını, onu tanımlamaya ya da sistematik bir tarzda incelemeye teşebbüs etmediklerini ve temelde dünyaya salt hukuksal gözlüklerle bakan hukuksal dünya anlayışının eleştirisini benimsediklerini belirtmek gerekir[8]. Fakat her ikisinin söylediklerinden hareketle yine de hukukun, yalnızca altyapı tarafından belirlenen mutlak bağımlı bir konuma indirgenmediği, hukuka göreli bir özerklik tanındığı söylenebilir. Hukukun ekonomi politik analizi de bu özerklikten hareketle belirli bir tarihsel dönemi incelerken, hukukun alt yapı ve diğer üst yapı unsurlarıyla ilişkisini bir tür karşılıklı ilişkiler ağı içinde ele almaya çalışır. Hukuk bazı durumlarda, ağırlıklı biçimde başka etkenlerce belirlenirken bazı durumlarda o etkenleri daha fazla belirleyen konumunda da olabilmektedir.

---

3 MARX Karl, Kapital Ekonomi Politiğin Eleştirisi, III. Cilt, Bir Bütün Olarak Kapitalist Üretim Süreci, (Çev. M. Selik & E. Özalp), Yordam, İstanbul, 2015, 695.

4 ENGELS Friedrich, "Joseph Bloch'a Mektup", **Din Üzerine** (Marx K. / Engels F.), (Çev. K. Güvenç), Sol, Ankara, 2002(a), s. 255.

5 ENGELS Friedrich, "Conrad Schmidt'e Mektup", **Din Üzerine** (Marx K. / Engels F.), (Çev. K. Güvenç), Sol, Ankara, 2002(b), s. 262 - 263.

6 ENGELS, 2002(b), 263.

7 MILOVANOVIC, Dragan, Weberian and Marxian Analysis of Law: Development and Functions of Law in a Capitalist Mode of Production, Ashgate, Burlington, 1989, s. 43.

8 MILOVANOVIC, 1989, s. 23; KARAHANOĞULLARI Onur, "Marksizm ve Hukuk", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, S. 57-2, 2002, s. 63.

Hukuk, ekonomik altyapının etkisiyle, onun gerekliliklerini karşılamak için nasıl belirli bir biçim alıyorsa, egemenliği elinde tutan hâkim unsurlar açısından da kendi iktisadi güç ve egemenliklerini sürdürüp pekiştirebilmek için gerektiğinde araçsallaştırılıp başta mülkiyet hakkı olmak üzere üretim ilişkilerine doğrudan müdahale edilmesi ile belirli sınıfsal çıkarların korunmasında hayati bir görev üstlenmekte ve adeta bir ideoloji gibi işlemektedir. Althusseryan bir ifade ile hukuk, son kertede üretim ilişkileri alanı tarafından belirlenmekle birlikte sadece bir belirlenen olarak kalmamakta aynı zamanda bütün bir üretim tarzını da üstbelirleyebilmektedir[9]. Bu üstbelirlenimin temel işlevi hukukun ideolojik bir aygıt olarak varlık bulduğu üretim tarzını biçimsel olarak düzenlemesinde ortaya çıkar; hukuk mevcut üretim ilişkilerine bağlı olarak şekillendiği halde, hukukun somut nesnesi, yani konusu, içinde işlediği üretim tarzından başka bir şey değildir[10]. Diğer bir ifadeyle hukukun üstyapı içindeki konumu, üretim ilişkilerinin sürdürülebilmesine yönelik yapının kurallar çerçevesinde inşasıdır; hâkim ideolojinin bir uzantısı olarak hukuk, davranış kurallarını belirlerken, maddi nitelikli altyapı içinde işlevselleşir ve üretim ilişkilerini egemen sınıfın lehine düzenler[11]. Elinde tuttuğu güce koşut ölçüde burjuvazi, hukukun tarafsızlığı ve genelliği gibi kabuller sayesinde çıkarlarını azamileştirebilmekte; hukukun kolaylaştırıcı, baskıcı ve ideolojik bir takım fonksiyonlarını kullanarak hesaplanabilirliği, öngörülebilirliği ve genel olarak sistemsel istikrarın devamlılığını güvenceye alabilmekte ve böylece hukukun sağladığı şekli eşitlik fenomeni, irade özerkliği ve sözleşme özgürlüğü gibi formlar aracılığıyla da maddi eşitsizlikleri saklayan bir kılıf olarak hukuku araçsallaştırmaktadır[12]. Tüm bunlardan hareketle hukukun görece bir özerkliğe sahip bulunduğu; ekonomik,

---

9 ALTHUSSER Louis, **Marx İçin**, (Çev. I. Ergüden), İthaki, İstanbul, 2002, s. 138 - 139; MILOVANOVIC Dragan, **An Introduction to the Sociology of Law**, Criminal Justice, New York, 2003, s. 112 ve 144. *Althusser*'in üstbelirlenim kavramı altyapının üstyapılar üzerinde belirleyici olduğu, buna karşın devlet, hukuk, ideoloji, kültür, din gibi üstyapısal kurumların da belirli bir özerkliği ve iktisadi altyapı üzerinde etkinliği olduğu kabulüne dayanır. Dolayısıyla üstyapı altyapının basit bir dışavurumu değildir; hiçbir toplumsal varlığın belirleyiciliği diğerlerine öncelikli değildir, bunlar birbirleriyle karşılıklı bir üstbelirlenimler ağı içinde etkileşime girmektedir. YILMAZ Zafer, "Althusser'in Bilim, İdeoloji ve Düzeyler Teorisinin Açmazları: Üstbelirlenimden Post-belirlenime", **Praksis Dergisi**, S. 4, 2001, s. 40; CEMAL Mustafa, "Hegelci Marx mı, Spinozacı Althusser mi?", **Birikim Dergisi**, S. 97, 1997, s. 45.

10 ALTHUSSER Louis, **İdeoloji ve Devletin İdeolojik Aygıtları**, (Çev. A. Tümertekin), İthaki, İstanbul, 2003, s. 66; ALTHUSSER Louis, **Yeniden Üretim Üzerine**, (Çev. A. I. Ergüden), İthaki, İstanbul, 2005, s. 82.

11 COLLINS Hugh, **Marxism and Law (Marxist Introductions)**, Oxford University, Oxford, 1990, s. 88 - 89.

12 MILOVANOVIC, 2003, s. 74; TRUBEK David M., "Max Weber on Law and the Rise of Capitalism", **Wisconsin Law Review**, S. 1972-3; 1972, s. 740; COLLINS, s. 49.

politik ve ideolojik alanların her birinin karşılıklı etkileşimleri altında üstbelirlendiği[13] ve onları da üstbelirlediği söylenebilir.

Hukuk, gerek pozitif hukuki düzenlemeler gerek ideolojik niteliği ve fonksiyonu itibariyle kimi zaman altyapı ve diğer üstyapı unsurları karşısında arka planda kalıyor, iktisadi politik sürecin mutlak bağımlı bir uzantısı haline gelip ikincilleşiyorsa da özellikle iktisadi dönüşümün siyasal sistem ile kurumları köktenci değişime uğrattığı tarihsel sıçrama dönemlerinin ardından siyasal yapıyı, kamusal alanı ve bütün bir toplumsal ilişkiler ağını, çoğunlukla meta mübadelesi düzeninin sürdürülebilmesi ile hâkim sınıfın iktisadi çıkarlarının korunabilmesi amacıyla, yasal düzenlemeler aracılığıyla takviye etmeye yönelip ön plana da çıkabilmektedir. Söz konusu dönemlerde hukukun belirleyici niteliği iktisadi yaşamdan politik kurumlara, piyasa ilişkilerinden toplumsal düzene kadar daha baskın bir konumda somutlaşmaktadır. Çalışmada da İngiltere'deki feodalizmden kapitalizme geçiş merkezli tarihsel izlek, yukarıda ana hatları konan teorik perspektif esas alınarak ekonomi, politika ve hukuk ekseninde, bu üç bağlamın bir arada değerlendirilip ekonomi politik düzen ve onun hukuki paradigmasının ana hatlarının belirmesi ve iktidarın paylaşımı özeline yoğunlaşılarak disiplinlerarası bir yöntemle incelenecektir.

II. İNGİLTERE'DE FEODALİZMİN EKONOMİ POLİTİK DÖNÜŞÜMÜ: MERKEZİLEŞME VE KAPİTALİSTLEŞME

1. Feodal Siyasal Yapıda İlk Değişimler: Egemenliğin ve Hukukun Merkezileşmeye Başlaması

İngiliz tarihine ilişkin tartışmalarda baskın görüş 1066 yılında İngiltere'nin Normanlar tarafından fethedilmesiyle başlayan sürecin İngiliz feodalizminde, -örneğin Fransa ile kıyaslandığında[14] dönemin Kıta Avrupası sis-

---

[13] MILOVANOVIC, 1989, s. 14 - 15.

[14] 12. ve 13. yüzyıllar itibariyle merkezi krallık Fransa'da yavaş yavaş güç kazanmaya başlamıştır. Bu dönemde Fransız monarşisi topraklarını ve egemenlik alanını genişletmeye dönük çeşitli adımlar atmıştır. Örneğin Paris önemli bir ulusal hükümet, eğitim ve kültür merkezi olma sürecine girmiştir. Fakat Fransız monarşisi kırsal bölgelerdeki özel feodal güçler ve diğer kent yönetimleriyle pek çok gerginlik yaşamaya da devam etmiştir. Canlı bir ticaret merkezi haline gelen Paris'te bile yönetim karmaşık bir kraliyet ve kurumlar ağından oluştuğundan, loncalar bilhassa kamusal alanda sahip oldukları güçlerini sürdürebilmişlerdir. Keza ülkenin sınırları tartışmalı olduğundan, Fransız monarşisi kırsaldaki büyük feodal lordlarla, Papalık'la, Kutsal Roma İmparatorluğu'yla ve daha pek çok Alman prensliğiyle sürekli biçimde egemenlik ve otorite mücadelesi yürütmek zorunda kalmıştır. Kralın otoritesi ancak 14. yüzyılın başlarında Fransa'nın geneline nispeten yayılabilmiştir. Örneğin 1302 yılında esasen bir tabakalar mecli-

teminde hâkim olan- egemenliğin feodal beylerce parsellenmesini engellediği yönündedir[15]. Kıta Avrupası'na bakıldığında üretimin temeli olan tarımsal mülkiyetin feodal beylerin hukuksal kontrolü altında olduğu, keza geleneksel vergiler veya aynî kira gibi yöntemlere dayanan köylünün hizmet yükümlülüğünün de ekonomi dışı zor olarak nitelendirilebilecek siyasal - hukuksal cebir yoluyla köylüden artık ürün elde edilmesine dayandığı ilk dikkat çeken hususlardır[16]. İktisadi sömürünün feodal beylerin siyasi ve hukuki otoritesine bağlı olması ile hukukun merkezi bir kamu gücü tarafından örgütlenememesi, köylülere ilişkin yargılama yetkisinin feodal beylerin tekelinde toplanmasına neden olmakta[17]; böylece birbirinden çok farklı yargılama erkleri ortaya çıktığı gibi yargı düzeninin örgütlenmesi de merkezi bir niteliğe kavuşamamaktadır. Kıta tipi feodalizme rengini veren bir diğer unsur mülkiyet hukukuna ilişkin yapıların siyasal ve askeri düzeni belirlemesi noktasında ortaya çıkmaktadır. Buna göre feodallerin mülkiyet hakları mertebe esasına dayanan hiyerarşik bir nitelik göstermekte; tarımsal mülke fief (yurtluk) olarak sahip olan vassala bu hakkı, askeri hizmet -şövalyelik hizmeti- sunmakla yükümlü olduğu senyörü tarafından verilmekte ve bu ilişkiler zinciri benzer biçimde -eşitler arasında birinci konumundaki- hükümdara kadar uzanmaktadır[18]. İktisadi ve siyasi ilişkilerin her düzeyde bütünleşerek

---

si niteliğini haiz *États Généraux*'yu toplamıştır. *États Généraux* soylular, din adamları ve üçüncü tabaka olarak adlandırılan zengin kentlilerce temsil edilen toplumun diğer kesimlerinden müteşekkildi. Bu meclis daha sonraki dönemlerde krallar yeni vergiler tesis etmek istediğinde toplantıya çağrılmıştır. Tüm bunlar merkezi bir devletin oluşumu açısından önemli adımlar olsa da, dönemin İngilteresi'yle kıyaslandığında Fransa'daki merkezi devlet otoritesinin, özellikle hukukun merkezileştirilememesi nedeniyle henüz emekleme aşamasında olduğunu da göstermektedir. WOOD Ellen Meiksins, **Yurttaşlardan Lordlara - Eskiçağdan Ortaçağa Batı Siyasi Düşüncesinin Toplumsal Tarihi**, (Çev. O. Köymen), 2. Bası, Yordam, İstanbul, 2013, s. 212 - 213; AGIBALOVA Ye. / DONSKOY G., **Ortaçağ Tarihi**, (Çev. Ç. Sümer), Yordam, İstanbul, 2017, s. 108 - 110.

15 COMNIEL George C., "English Feudalism and the Origins of Capitalism", **The Journal of Peasant Studies**, S. 27-2, 2000, s. 22. Dönemin Fransa'sında hâlâ parçalanmış bir egemenlik ya da başka bir ifadeyle "parsellenmiş egemenlik" söz konusudur. Parsellenmiş egemenlik terimiyle kastedilmek istenen Ortaçağ Kıta Avrupası'ndaki feodal beyler ile diğer özerk güçlerin kamu yönetimi, yargı ve yürütme gibi merkezi devlette toplanmış olan işlevleri bizzat yerine getirmeleridir. Bu sürecin ekonomik yükü ise üzerlerinde yönetimsel ve yargısal denetim bulunan ve zor kullanma yetkisi kullanılan toprağa bağlanmış köylülerin emeğinin sömürülmesiyle karşılanıyordu. WOOD, 2013, s. 212 - 213; WOOD Ellen Meiksins, **Özgürlük ve Mülkiyet - Rönesans'tan Aydınlanma'ya Batı Siyasi Düşüncesinin Toplumsal Tarihi**, (Çev. O. Köymen), Yordam, İstanbul, 2012, s. 28.

16 ANDERSON Perry, **Antikiteden Feodalizme Geçişler**, (Çev. U. Kocabaşoğlu), İletişim, İstanbul, 2017, s. 167 - 168.

17 ANDERSON, s. 168.

18 ANDERSON, s. 168.

devletin işlevlerinin dikey şekilde tahsis edildiği ve farklı güç odaklarınca egemenliğin parsellenmesine dayanan bir üretim tarzı olarak feodalizm, Ortaçağ Kıta Avrupası'nın hâkim düzeni olduğu halde, politik egemenlik hiçbir biçimde merkezileşemediği için hukuk düzeni ve yargısal faaliyetler de merkezileşememektedir[19]. Buna karşın İngiltere'de, ileride daha ayrıntılı ele alınacağı üzere, bu feodal parçalanmanın önüne geçilmesinde rol oynayan unsurların başında mülkiyet hukukuna ilişkin geleneklerin Kıta Avrupası'na kıyasla farklılıklar arz etmesi ve bu farklılıkların siyasal yapılanma ile yargısal pratikler üzerinde doğrudan sonuç doğurması gelmektedir.

Norman fethinin en belirgin uzun dönemli sonucu, feodal beylerin kralın altında örgütlenmesi suretiyle krallığın merkezi bir güç haline gelmesidir[20]. Dolayısıyla feodal beylerin tamamı kralın otoritesini tanımak mecburiyetinde kalmış, böylece feodal unsurlar adeta tek bir tımar alanı -fief- olarak bütün İngiltere adına hareket eden merkezi bir siyasi iktidarın, yani İngiliz kralının hizmetine girmiştir[21]. Başka bir ifadeyle Kıta Avrupası feodalizmine rengini veren fieflere ilişkin parçalanmış mülkiyet ve fiefler vasıtayla kurulan senyör - vassal - serfe dayanan toplumsal tabakalaşma ve üretim döngüsünün yarattığı siyasal bölünmüşlük ile çok hukukluluk İngiltere'de aynı derecede görülmemiştir. İngiltere'deki mülkiyet biçimleri ile mülkiyet ilişkilerinin özgün niteliği hâkim siyasal yapıların farklı biçimde gelişmesini sağlamıştır. Siyasal alandaki bu farklılaşma daha uzun süreçte hukuksal alana yansımış, özellikle hukuksal düzenleme ve yargılama faaliyetlerinin merkezileşmesi biçiminde sonuç doğurmuş, böylece Kıta Avrupası'ndaki çok hukukluluğun aksine merkezi devlet yapılanmasıyla daha uyumlu bir hukuksal düzenin önünü açmıştır. Bu düzen, hâlâ feodal niteliği haiz olmakla beraber Kıta Avrupası'ndaki feodal siyasal yapılanmalarla kıyaslandığında hem hukuki hem siyasi anlamda daha bürokratik karakterli bir devlet örgütlenmesini de adım adım yaratmıştır.

Bu bürokratik örgütlenmenin gerçekleştirilmesinde ilk önemli adım, 1086 yılında *I. William* döneminde oluşturulup yayınlanan ve İngiltere'deki tüm tarımsal varlıkları coğrafi konumlarıyla birlikte -bazı bölgelerdeki arı kovanı ile domuz sayıları dâhil olmak üzere- kayıt altına alan ve hukuki bir

---

19 ANDERSON, s. 168.

20 COMNIEL, s. 22.

21 KING Edward / HAWLEY Joseph, "İngiliz (Common Law)'unun Gelişmesi", (Çev. İ. Lütem), **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 16-1, 1959, s. 186.

doküman niteliği de gösteren *Domesday Book* adlı belgelerin hazırlanmasıyla atılmıştır[22]. Bu belgeler Norman fethi öncesi toprak sahipliğine ilişkin hukuksal kayıtları içermesi nedeniyle de özel bir öneme sahiptirler[23]. İngiltere'nin merkezi bir devlet olma yolunda ilerlediğinin göstergelerinden olan bu belgeler arazi mülkiyeti, mülkiyetin niteliği, mülkiyete konu arazilerin değeri, vergilendirmeye ilişkin hususlar, vergileri daha etkili biçimde artırabilmek için yeni bir mali derecelendirme sisteminin tahsisi, hazine ve mali hukuka ilişkin diğer konulara kadar dönemin İngiltere'sini yönetsel bir bütün haline getirmenin ilk basamağını oluşturmuştur[24]. *Domesday Book* ile başlayan düzenli yönetime doğru eğilim, kayıtların çoğaltılması ve bunların giderek daha güvenli bir şekilde korunması politikaları en nihayetinde *Magna Carta*'ya uzanan sürece kadar hem hukuk düzeninin hem de yönetsel yapının merkezileşmesini sürekli beslemiştir[25]. Devletin mali politikalarını da kapsayacak biçimde gelişen merkezileşme eğiliminin mülkiyetten kira ilişkilerine, tarımsal arazilerin hukuki statülerinden arazilerde yürütülen iktisadi faaliyetlerin nitelik ve işleyişlerine kadar tarımsal üretim ilişkileri üzerinde dönüştürücü etkileri olduğunu belirtmek gerekir. Dolayısıyla bu noktada, hukukun sadece üretim ilişkileri gibi alt yapısal unsurlar tarafından belirlenmekle kalmayan, aynı zamanda bu unsurlar üzerinde etkinlik gösteren özelliğinin daha fazla ön plana çıktığından bahsedilebilir.

Tarımsal üretimde geleneksel feodal karakterli hukuki yükümlülükler ve kurallar yerine, para temelli ilk iktisadi etkinliklerin ve buna dayalı uygulamaların az sayıda da olsa bu dönemde başlaması yukarıda belirtilen gelişmelerin sonucudur. *Black*'e göre 1066'dan sonra *I. William* tarafından oluşturulan feodal yapılar toprak temelli ve vassalların lordlarına karşı üstlendikleri belirli yükümlülükler şeklinde inşa edilmişse de vassalların yükümlülükleri hızlı bir biçimde parasal nitelikli hale gelmiş, 12. yüzyılın başından itibaren askerlik hizmeti karşılığında şövalyelere toprak tahsisi uygulaması yerine para ödenmesi sistemine geçilmiş ve bazı lordlar daimi şövalyelerin istihdamına yönelirken tabiiyetlerindeki kişilerden de doğrudan askerlik hizmeti

---

[22] HARVEY Sally, **Domesday Book of Judgement**, Oxford University, Oxford, 2014, s. 1 - 2; JENKINS Simon, **İngiltere'nin Kısa Tarihi**, (Çev. U. Kocabaşoğlu), İletişim, İstanbul, 2020, s. 43.

[23] HUDSON John, The Oxford History of the Laws of England Volume II 871 - 1216, Oxford University, Oxford, 2012, s. 93.

[24] JENKINS, s. 43; HARVEY, 2014, s. 4; HARVEY Sally P. J., "Domesday Book and Anglo-Norman Governance" **Transactions of the Royal Historical Society**, S. 25, 1975, s. 183.

[25] HOLT, J. C., **Magna Carta**, Cambridge University, Cambridge, 2015, s. 58 - 59.

yerine nakdi karşılık beklentisine girmişlerdir[26]. 1130'lardan itibaren toprak sahibi ile kiracı ya da lord ile vassal arasında temelde parasal nitelik arz eden yeni ilişki tipleri geliştiği gibi kraliyete bağlı tımarlarda ve diğer geniş arazilerde de bu şekilde nakdi ödeme usulü yavaş yavaş uygulanmaya başlamıştır[27]. Keza 1130 tarihli maliye fermanına *(Pipe Roll of the Exchequer)* bakıldığında kraliyet hazinesinin ilk kez hukuki ve yargısal faaliyetlerle ilgili pek çok kalemden doğrudan nakdi ödemeler yoluyla önemli gelirler elde etmeye başladığı dikkat çekmektedir[28]. Parasal ekonomiye geçiş, takip eden 150 yıl boyunca kralların vergilendirmeden kaynaklanan gelirlerinde önemli artışlar sağlamış; fakat bu durum belirli bölgesel toplulukları temsil eden kişilerin, odağını vergilendirmeye ilişkin mali politikalar oluşturmak üzere kendi fikir ve taleplerini 13. yüzyılın sonlarından itibaren parlamentoda daha açık biçimde dile getirmeye başlamaları sonucunu doğurmuştur[29]. Dolayısıyla parasal ekonomiye geçilmesinin devletin mali politikaları, vergilendirmeye ilişkin düzenlemeler ve yasal konularda muhtelif sonuçları olmuştur. Bu konular zamanla kral ile soylu temsilciler arasında daha fazla tartışılmaya başlanmış ve yeni hukuki düzenlemeler bu tartışma ve iktidar mücadeleleri neticesinde ortaya çıkmıştır.

Norman fethinin ardından ortak hukuka *(common law)* dayalı bir hukuk düzeninin nasıl kurulduğunun ayrıntılı analizi bu çalışmanın konusunu fazlasıyla aşıyorsa da, bu yapının özetle egemenliğin ve yönetsel aygıtların merkezileştirilmesinin ardından *Curia Regis* adındaki Kraliyet Mahkemesi'nin örgütlediği gezici yargıçların ülkenin değişik yerlerinde yerel yargıç ve mahkemelerde uygulanan geleneksel hukukları derlemesi ve ardından söz konusu derlemelerin *Curia Regis*'in kontrolünde yapılan eklemelerle ortaklaşa bir hukuk haline getirilmesiyle vücut bulduğu söylenebilir[30]. Feodal beylerin kontrolünde olan yerel mahkemeler her ne kadar merkezi hukuk

---

26 BLACK, Jeremy, **İngiltere Tarihi**, (Çev. A. Yıldız), Doğu Batı, Ankara, 2020, s. 122.

27 BLACK, 2020, s. 123. Norman istilasının ardından hukuki rejimleri farklı arazi sahiplikleri ile bunlara ilişkin haklar ortaya çıktığı gibi bu arazilerin çiftçilere kiralanarak işletilmesine yönelik uygulamalar yaygınlık kazanmıştır. Erken dönem İngiltere'sinde, 13. yüzyıla kadar olan dönemdeki söz konusu toprak rejiminin ve arazi kiralamalarının hukuki boyutuna ilişkin daha ayrıntılı bilgi için bkz. HUDSON, s. 338 - 341 ve s. 662 - 663.

28 HUDSON, s. 271.

29 BLACK, 2020, s. 123.

30 CAENEGEM R. C. Van, **The Birth of English Common Law**, 2. Bası, Cambridge University, Cambridge, 1988, s. 20; PLUCKNETT Theodore F. T., **A Concise History of the Common Law**, 5. Bası, The Law Book Exchange, New Jersey, 2001, s. 102 - 103.

düzeninin bir istisnası gibi görülebilirse de bu mahkemeler üzerinde krallık gücünün farklı biçimlerde etkin olduğunu belirtmek gerekir[31]. Örneğin *II. Henry* zamanında, yerel mahkemelerde açılan davayı "haklar listesi" *(writ of rights)* olarak adlandırılabilecek bir krallık fermanıyla desteklemek sıklıkla uygulanan bir yöntem haline gelmiştir[32]. *II. Henry* yine krallığın otoritesini kuvvetlendirmek için, *I. Henry*'nin sivil işlerde kralın her zaman üstün egemen konumunda bulunduğunu düzenleyen emirnamelerini tekrarlayarak, 1164 yılında *Constitutions of Clarendon*'u (*Clarendon* Yasaları) çıkarmış; bu yasalarda kendisinin yegâne yasa koyucu iktidar olduğu yönünde bir iddiada bulunmamışsa da toprak, vergilendirme ve adalet konularında krallığın ve onun organlarının yetkilerinin tanınması gerektiğini açık biçimde düzenlemiştir[33]. Tüm bunlar, İngiliz krallarının oldukça erken dönemlerde - tarımsal üretime dayalı feodal sistem içinde ana üretim aracı olarak toprağa ilişkin- mülkiyet hukukundan merkezi vergilendirme düzenine kadar tüm yargısal süreçler üzerinde kendi iktidarlarının diğer feodal güçlerce kabul edilmesi yönündeki bir hukuki politik yöntemi benimsediklerinin somut göstergeleridir.

12. yüzyıldan itibaren yargı birliğini gerçekleştirme kaygısıyla, üyelerini *Curia Regis*'in atadığı, ama *Curia Regis*'ten bağımsız olan ve farklı görevleri yerine getiren başka mahkemeler kurulmuş; bu amaçla en üstün hukuk muhakemesi konumunda olan, ortak hukukun tüm işlerine yani kişiler arasındaki hukuki uyuşmazlıklara bakmakla görevli *The Court of Common Pleas*; hem ceza mahkemesi hem hukuk davalarında temyiz mercii olarak görev yapan *The Court of King's Bench*; maliye mahkemesi olarak da nitelendirilebilecek, kralın başta vergisel nitelikli olmak üzere mali alacaklarıyla ve çeşitli mali işleriyle ilgili uyuşmazlıklara bakan *The Court of Exchequer* oluşturulmuştur[34]. 1066 yılından 13. yüzyılın başına uzanan bu tarihsel süreçte devlet örgütlenmesinin yerel otoritelerin üzerinde konumlandırılmaya

---

31 CAENEGEM, s. 26. Krallık fermanlarıyla ilgili daha ayrıntılı bilgi için bkz. CAENEGEM, s. 29 vd.

32 CAENEGEM, s. 26.

33 JENKINS, s. 53; HUDSON, s. 298 - 299; PENNINGTON Kenneth, "Politics in Western Jurisprudence", A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence Volume 7 The Jurists Philosophy of Law from Rome to the Seventeenth Century, (Edi. A. Padovani & P. G. Stein), Springer, Dordrecht, 2017, s. 159.

34 BAKER John, **The Oxford History of the Laws of England - Volume VI 1483-1558**, Oxford University, Oxford, 2003, s. 125; s. 159; EROĞUL Cem, **Çağdaş Devlet Düzenleri - İngiltere, Amerika, Fransa, Almanya**, 5. Bası, Kırlangıç, Ankara, 2006, s. 32; KING & HAWLEY, s. 187 - 188; JENKINS, s. 48.

çalışıldığı, daha sonra yargıçlar tarafından derlenip son şekli verilen ve İngiltere'nin eski örf ve adetlerine dayanan ortak hukuk ile onun mahkemelerinin oluşturulduğu ve böylece hukuk düzeninin daha bütünsel ve tekçi bir yapıya kavuşturulduğu görülür[35]. Bu hukuksal yapı -ilk etapta kralın sahip olduğu iktidarda bir güç biçiminde yorumlanabilecek olmasına karşın, uzun dönemli etkileri itibariyle parlamenter geleneği de şekillendirecek olan- 1215 yılında *Magna Carta*'nın imzalanmasıyla yeni bir aşamaya geçmiştir.

Tarihsel anlamıyla 1215, İngiltere'deki siyasal - hukuksal değişimin iktidar mücadelelerine de yansıyan dönüm noktalarından biridir. İngiliz siyasetini biçimlendirecek temel anayasal belgelerden biri olarak kabul edilen[36] *Magna Carta*, dönemin aristokrasisine kral karşısında bir takım önemli güvenceler sağladığı için[37] aristokratların krala karşı büyük bir zaferi olarak görülebilirse de uzun dönemde İngiltere'nin hukuki ve siyasi merkezileşmesi ile istikrarlı bir yapıya kavuşmasında da önemli bir basamak oluşturmuştur. Kral *Yurtsuz John*'un Papa *III. Innocent* ile yaşadığı anlaşmazlıklar neticesinde 1209'da aforoz edilmesi ve bunu müteakip aforozu kaldırmak için 1213'te Roma'ya verdiği tavizler, başta İngiltere'nin tamamının adeta bir *fief* olarak Papalığa sunulması olmak üzere, aristokratların tepkisini çekerek Londra'nın aristokratlarca işgaline yol açmış, bu durum da *John*'u aristokratların taleplerini kabul etmeye mecbur bırakarak *Magna Carta*'nın imzalanmasıyla sonuçlanmıştır[38]. Dolayısıyla üst düzey aristokratlar ile Kral arasında imzalanan *Magna Carta*'nın temel amaçlarından birinin de kralın papaya verdiği tavizlerle bağlantı şekilde, acil biçimde kadim ortak hukuku eski haline getirmek ve korumak olarak ortaya çıktığı söylenebilir[39]. Bunun yanı sıra *Magna Carta*, bir kısmı aşağıda değinilen kişi hak ve özgürlüklerine ilişkin çeşitli hukuki güvencelere kral tarafından müdahale edilmemesini teminat altına aldığı gibi genel olarak ortak hukuk düzenini ve Kıta Avru-

---

35 CAENEGEM, s. 22. Buna karşın gezici yargıçların öneminin, yargısal yetkileri *The Court of Common Pleas*'e devredilinceye kadar devam ettiği de belirtilmelidir. CAENEGEM, s. 22 - 23.

36 *Magna Carta'*nın yasamaya ilişkin düzenlemeler içermediği, yasa yapım süreçlerine ilişkin prosedürleri belirlemediği, kralın hükümetinin yetkilerini genel terimlerle maddeler halinde sıralamadığı veya hükümetin despotik eylemlerine karşı dava yolu öngörmediği için doğrudan anayasal bir belge olmadığını belirten görüşler de vardır BAKER John, **The Reinvention of Magna Carta**, Cambridge University, Cambridge, 2017, s. 1.

37 JENKINS, 59 - 60.

38 PLUCKNETT, s. 22; JENKINS, s. 59.

39 BAKER, 2017, s. 1.

pa'sından farklı niteliği haiz İngiliz toprak mülkiyeti sisteminin özgünlüğünü korumayı hedeflemektedir. Bu açıdan hâkim sınıf olan aristokrasinin çıkarlarıyla da uyuşmaktadır. *Magna Carta*'nın çalışma açısından önem arz eden yönü de tam olarak burada belirginleşmektedir. Söz konusu belge, kralın elinde bulundurduğu iktisadi politik erkle tek başlarına rekabet edemeyen aristokratların bir araya gelerek ortak hareket ettiklerinde hukukun kontrolünü ele geçirip kendi çıkarları doğrultusunda biçimlendirmelerinin örneğini teşkil etmektedir. Kralın hukuki bir belge aracılığıyla aristokratlara karşı sorumlu kılınması, hukukun siyasal üst yapı üzerinde ne ölçüde belirleyici olabileceğinin açık örneğidir. Keza *Magna Carta*'da yer alan ticarete ilişkin düzenlemeler, benzer biçimde hukukun ekonomik altyapıyı bazı durumlarda nasıl üstbelirleyebildiğini de göstermektedir. Dolayısıyla hukukun ekonomi politik analizi açısından *Magna Carta*'nın önemi, daha 13. yüzyılın başında bir sınıfın -aristokrasinin- hukuksal araçları kullanmak suretiyle, sınıfsal bilinçle bir arada ve ortak çıkarlar doğrultusunda hareket etmesi durumunda, dönemin ekonomi politik sistemiyle sınırlı olmaksızın, bir ülkenin -İngiltere'nin- gelecekteki anayasal yapısı ile hukuk düzenini de etkileyecek biçimde siyasal ve hukuksal alanın belirleyeni konumuna ulaşabileceğini göstermesinde ortaya çıkmaktadır. Gerçekten bu belge İngiliz siyasal tarihi ile hukuksal düzeninde büyük önemi haiz karma anayasa ile hükümdar parlamentoda *(crown in parliament)* geleneklerinin oluşmasın da başlangıç noktası sayılabilir.

Magna Carta'nın hükümlerine bakıldığında bu düzenlemelerin bir kısmının kişilerin yaşam hakkı başta olmak üzere, özgürlükleri ve mülkiyetleri ile ilgili bir dizi önemli güvence getirdiği görülmektedir. Bunun yanı sıra bazı maddelerde ticaret özgürlüğüne ve piyasanın serbestleşmesini sağlamayı amaçlayan iktisadi düzenlemeler dikkat çeker. Son olarak ise kralın hukuka uygun biçimde hareket etmesi için yetkilerinin aristokratlar kurulu tarafından sınırlandırılmasını ve denetlenmesini amaçlayan bir hakem heyeti oluşturulacağı belirtilmiştir. Bireysel hak ve özgürlükleri koruma altına alan hükümlerin başlıcaları olan 12. ve 14. maddelerde, üç istisna durumu dışında, "temsilsiz vergi olmaz" ilkesinin temeli sayılabilecek olan ruhban ve aristokratlar tarafından tasvip edilmeyen herhangi bir verginin toplanamayacağı; 16. maddede angarya ile gereğinden fazla zorla çalıştırma yaptırılamayacağı; 20. maddede kişinin işlerini yürütmesini sağlayacak aletlerin müsaderesinin yasaklanacağı ve suçun ağırlığına denk para cezasının öngörüleceği; 21. maddede hiçbir aristokratın eşitleri tarafından yargılanmadan para cezasına çarptırılamayacağı; 38. maddede hiçbir adliye görevlisinin asılsız

şikâyetlere dayanıp güvenilir tanıklar sunmaksızın hiç kimse hakkında soruşturma açamayacağı; 39. madde de ise kimsenin kendi zümresinin yasal kararı olmaksızın ve yargılama yapılmaksızın tutuklanamayacağı, hapse atılamayacağı, mallarının müsadere edilemeyeceği, yasal haklarından yoksun bırakılamayacağı, sürgüne gönderilemeyeceği ve herhangi bir zarara uğratılamayacağı düzenlenmiştir[40]. Ticari yaşama yönelik olan 13. maddede, Londra dâhil olmak üzere tüm yerleşim birimlerinin bütün özgürlüklere ve gümrük serbestliklerine sahip oldukları[41]; 41. maddede ise savaş zamanları dışında tüm tacirlerin İngiltere'ye serbestçe giriş ve çıkış yapabilecekleri, seyahat ve konaklama özgürlüklerinin kısıtlanmayacağı, ayrıca yasadışı vergilerden muaf oldukları güvence altına alınmıştır[42]. Son olarak 61. maddede *Magna Carta*'nın yorumlanmasında aristokratlar ile kral arasında anlaşmazlık çıkması, kral veya onun görevlendirdiği kişilerin bildiriyle onaylanan barış halini ya da hak ve özgürlüklerin gözetilmesi ve korunması vazifelerini ihlal etmeleri halinde, aristokratların konuyla ilgili karar vermek üzere kendi aralarından seçecekleri yirmi beş kişiden müteşekkil bir hakem heyeti oluşturacakları ve bu heyetin kararlarının tüm taraflar için bağlayıcı sayılacağı düzenlenmiştir[43].

Magna Carta, *John*'un *III. Innocent*'tan aldığı yetkiyle birkaç hafta sonra yürürlükten kaldırılmış olsa da 1216'da *John*'un ölümünün ardından yeniden uygulanmaya başlamış, 1217'de, 1225'te ve daha sonraki tarihlerde muhtelif değişiklikler geçirerek varlığını sürdürmüştür[44]. *John*'un ardından tahta geçen bazı krallar dönem dönem anlaşma hükümlerini çiğnemişlerse de *Magna Carta* etkinliğini ve gücünü zamanla artırarak İngiliz kamu yönetimi ve siyaset geleneğinde son derece önemli bir hukuki belge olma niteliğini korumuştur[45]. *Magna Carta*, uzun dönemli sonuçları itibariyle devlet yapılanmasını kral ile soylular arasında bir anlaşmaya dayandırmak suretiyle aristokrasinin merkezi devlet aygıtının bir parçası haline gelebilmesini sağlamış ve böylece egemenliğin feodal beylerce parçalanması riskini ortadan

---

40 Magna Charta seu Magna Charta Libertatum: Büyük Sözleşme ya da Özgürlükler Sözleşmesi, (Çev. Ç. Dürüşken), Alfa, İstanbul, 2017, s. 27 - 37.

41 Magna Charta seu Magna Charta Libertatum: Büyük Sözleşme ya da Özgürlükler Sözleşmesi, s. 27.

42 Magna Charta seu Magna Charta Libertatum: Büyük Sözleşme ya da Özgürlükler Sözleşmesi, s. 37.

43 Magna Charta seu Magna Charta Libertatum: Büyük Sözleşme ya da Özgürlükler Sözleşmesi, s. 49 - 51.

44 BAKER, 2017, s. 3; KING & HAWLEY, s. 213; JENKINS, s. 61.

45 MOSCA Gaetano, **Siyasi Doktrinler Tarihi - Eski Çağlardan Günümüze**, (Çev. S. Tiryakioğlu), Varlık, İstanbul, 1963, s. 132 - 133.

kaldırarak merkezi bir devlet ve hukuk yapılanmasının sürdürülebilirliği açısından son derece işlevsel bir rol oynamıştır. Bunun yanı sıra *Magna Carta*'nın yerleşim birimlerinin özgürlükleri, gümrük serbestliği, ticari özgürlükler ve tacirlerin sahip oldukları haklar açısından içerdiği düzenlemeler göz önüne alındığında da İngiliz serbest piyasa anlayışı ve kapitalizminin gelişimi açısından sembolik bir dönüm noktası olduğundan bahsedilebilir.

Anglosaksonlar ile Normanlar arasında, iki ulusun geleneklerinin birleşmesi ve sentezlenmesiyle oluşturulan merkeziyetçi krallık yönetimi ve ardından iki yüzyılı bulan bir zaman diliminde özellikle iktisadi ilişkilerdeki değişimin de belirleyiciliği altında tek hukuk -ortak hukuk- anlayışı *Magna Carta*'nın ardından da İngiltere'ye has koşullar içinde güçlenmeye devam etmiştir[46]. Avrupa'nın geri kalanıyla kıyaslandığında aristokratların şahsında temerküz eden feodal yargı yetkisi büyük oranda çözülmesine rağmen İngiltere'nin o dönem için feodal karakterli bütün yönetsel ve hukuki ilişkilerden tümüyle kurtulduğundan da söz edilemez. Başka bir ifadeyle modern devlete has rasyonalite esasına dayanan kamu yönetimi ve onun hukuki örgütlenmesinin tam anlamıyla hayata geçirilmesinden bahsetmek için henüz erkendir. Bununla birlikte daha o dönemde İngiltere'deki feodalizmin farklı bir gelişim - dönüşüm sürecine girdiği ve bu farklılığın bilhassa mülkiyet ilişkilerinin hukuksal örgütlenmesinde kendini göstererek aynı zamanda tarımsal kapitalizmin erken ortaya çıkışında ve hâkim üretim tarzı haline gelmesinde etkili olduğu belirtilmelidir.

Ortak hukuk düzeninin istikrar kazanması, yargılama mekanizmalarının merkezileşmesi, İngiltere krallarının sürekli bir ordu ve güçlü bir kraliyet hazinesi oluşturmaya çalışması, ayrıca aristokrat ve ruhbanların da içinde yer aldığı muntazaman toplanan *Magnum Concilium*[47] adında da-

---

46 CAENEGEM, s. 4 - 5.

47 Lordlar Kamarası'nın kökeni olarak nitelendirilebilecek *Magnum Concilium*, Norman fethinden önce Saksonlar'ın sahip olduğu *Witan* meclisinin yerine kurulmuştur. Normanlar öncesinde kralın soylu şeflere danışma geleneğinin bir ürünü olan ve kökeni Germen kabile şeflerinin toplantı adetlerine kadar uzanan *Witan* meclisi, vergi ve savaş gibi konularda kralın diğer soyluların fikrini alması gerektiği esasına dayanan feodal hukukun önemli kurumlarından biriydi. Başlarda yargı organı olarak da işlev gören *Magnum Concilium* kralın bizzat bakmak istediği davalara onun yerine yürütür ya da yerel mahkemelerin kararlarını temyiz mercii olarak incelerdi. Bununla birlikte yasamaya ilişkin görevleri uzun süre bir danışma organı olmaktan öteye geçememiştir. Fakat *III. Edward* (1312 - 1377) döneminin son yıllarında *Magnum Concilium* tarafından onaylanan bir kanunu kralın tek başına değiştiremeyeceği ilkesi kabul edilmiştir. SARICA Murat, **Fransa ve İngiltere'de Emredici Vekâletten Yeni Temsil Anlayışına Geçiş**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 1969, s. 41 - 43; SENCER Muzaffer, "İnsan Hakları Açısından İngiliz Devrimi", **Amme İdaresi Dergisi**, S. 22-2, 1990, s. 5.

nışma meclisi olarak kabul edilebilecek bir örgütlenmeye gidilmesi, 15. yüzyılda Güller Savaşı ile doruk noktasına ulaşan taht kavgaları olsa da devlet otoritesinin sürekliliğini sağlayabilmiştir[48]. Gerçekten ilk aşamada İngiliz feodalizmini Kıta Avrupası feodalizminden farklılaştıran unsur kralın şahsında tedricen temerküz ederek somutlaşan merkezi devletin egemenliğinin geç 12. yüzyıla doğru aristokrasinin gücünün hem politik, hukuki ve askeri anlamda zayıfladığı hem de arazi sahipliğine ilişkin kurallar ve mali düzenlemelerle sınırlandırıldığı bir dönemde yarı bürokratik bir devletin varlığı altında yeniden biçimlenmesidir[49]. Yukarıda sözü edilen ortak bir hukuk düzeninin oluşturulmasına yönelik çabalar bu bağlamda merkezi devletin gücünün pekişmesinde önemli bir basamak olmuştur. Fakat bu merkezileşmenin ekonomik alt yapıdan beslenen çok daha önemli nedenleri vardır. Norman fethinin ardından inşa edilen yapının başta mülkiyet ilişkileri olmak üzere pek çok alt yapı unsurunu köklü biçimde dönüştürdüğünden söz etmek gerekir.

Üst yapı kurumları alt yapısal unsurlar ekseninde değerlendirildiğinde, İngilizlerin erken tarihlerde özel mülkiyet haklarıyla uyumlu bir monarşinin temellerini attığı; bunu müteakip mülkiyette bireysel çıkara dayanan anlayışın, Kıta Avrupası feodal mülkiyet hukuku kurallarının aksine hızlı bir gelişim çizgisi gösterdiği dikkat çeker[50]. Merkeziyetçi yapının özel mülkiyet haklarıyla uyumluluk göstermesi, kamu yönetiminin örgütlenmesi üzerinde de belirleyici olmuş ve Kıta Avrupası'nın siyasal parçalanmışlığı içinde vücut bulamayan ortak yönetsel yapıların gelişimini kolaylaştırmıştır.

Dönemin İngilteresi, toprak sahibi büyük feodal güçlerin ellerinde tuttuğu bazı yerel nitelikli ayrıcalıklara dayanan özel yetkilerine rağmen esasen krala bağlı özgür bireyler topluluğuna dayanıyor; keza feodaller mülkiyetlerindeki topraklar dışında özgür kişilerle ancak kraliyetin vekilleri olarak ilişki kurabiliyorlardı[51]. Her ne kadar tüm İngilizler özgür kişi statüsünde

---

48 TILLY Charles, **Zor, Sermaye ve Avrupa Devletlerinin Oluşumu**, (Çev. K. Emiroğlu), İmge, Ankara, 2001, s. 263 - 264; OKANDAN Recai Galip, **Umumî Âmme Hukuku**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 1968, s. 184; SARICA, s. 42.

49 CAENEGEM, s. 5 - 6. *Magna Carta*'nın kralın yetkilerinin aristokratlar karşısında sınırlandırılması gibi sonuçları varsa da uzun dönemde monarşinin gücünü pekiştirmekte önemli bir rol oynadığını da söylemek gerekir. Daha önce belirtildiği üzere kralın aristokrasiye verdiği tavizlerin en önemli sonucu aristokratların da yönetim süreçlerinin bir parçası olarak yönetime katılabilmeleri ve kralın otoritesi altında devletin merkezi gücünü tanımalarıdır.

50 WOOD, 2013, s. 213.

51 WOOD, 2013, s. 241.

olamasalar da[52] özgür kişilerin hukuksal özne olarak tanınmasının anlamı, onların hem krallık bünyesindeki mahkemelere ulaşabilmeleri hem de ortak hukuk tarafından tanınan mülkiyete ilişkin bireysel çıkarlarının peşinden gidebilmeleri hususlarında önem arz ediyordu. Özel mülkiyetin bu niteliği, zamanla statü toplumundan sözleşme toplumuna geçişi kolaylaştıran bir işlev de görmüştür.

İngiltere'de dönemin özgür kişi statüsü -Kıta Avrupası'yla kıyaslandığında, birey ile devlet arasında doğrudan aracılık yapma gücüne sahip üst düzey aristokratlar veya korporasyonlar olmaksızın-, hukuksal öznenin kendine özgü bir siyasal kimliğe kavuşmasına, başka bir ifadeyle belirli şartlar altında hukuksal öznenin aynı zamanda siyasal özneye dönüşebilmesine imkân sağlayarak yeni bir kamusal temsil anlayışının doğmasını mümkün kılmıştır[53]. İngiliz parlamenter geleneğinin temelini oluşturacak bu anlayış, parlamentonun teşkili ve işleyişi açısından her ne kadar liberal anlamda bir katılım ya da genel oy hakkından henüz bahsedilemese de o dönem için oldukça ileri bir aşama olarak parlamentonun özgür kişilerden ve mülk sahiplerinden oluşan tüm ulusu temsil ettiği düşüncesini güçlendirmiştir[54]. Böylece parlamento çok daha geniş bir kamusal katılımın sembol kurumu olarak varlığını yönetsel düzeyde belirginleştirmiştir. Örneğin 1295 yılında I. Edward tarafından çağırılan ve daha sonraki parlamento yapılarına da örnek olduğu için "Model Parlamento" olarak anılan, günümüzle kıyaslandığında demokratik yönden sınırlı bir niteliği haiz olsa da dönemi itibariyle farklı toplumsal katmanların temsil edilmesine dayanan bu parlamenter yapıda, 7'si kont, 42'si baron olmak üzere 49 yüksek statülü aristokrat ile kilisenin temsilcileri ve en önemlisi 73'ü baronluklara bağlı şövalyeler olmak üzere özgür kişi konumundaki yurttaş ve kasabalılardan oluşan 292 avam statüsünde üye bulunuyordu[55]. Kesin tarihi tartışmalı olmakla birlikte 14. yüzyılın ortalarında "Model Parlamento" tedrici biçimde Avam ve Lordlar Kamarası şeklinde ikiye bölünmüş; İngiliz siyasal düzeninin gelişiminde kamusal ikti-

---

52 Yukarıda belirtilen çerçevede bütün İngilizler'in özgür statüde bireyler olduğu düşünülmemelidir. Mülkiyet hakkı bulunan özgür kişilerle buna sahip olmayan, kraliyet mahkemelerine gidemeyen, feodal beyine bağlı ve toprak üzerinde ancak şarta bağımlı tasarruf yetkisi bulunanlar arasında hukuki özne olma anlamında önemli farklılıklar devam ediyordu. WOOD, 2013, s. 241.

53 WOOD, 2013, s. 241..

54 WOOD, 2013, s. 213.

55 NASH Michael L., "Crown, Woolsack and Mace: The Model Parliament of 1295", **Contemporary Review**, Vol. 267, Issue 1558, November 1995, s. 237, http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=a9h&AN=9512084126&site=ehost-live, (Erişim Tarihi: 16.07.2019).

darın başat gücü olabilmek için gerek kendi aralarında gerek krallara karşı yürüttükleri mücadeleler ile İngiltere'nin hukuki ve yönetsel sisteminin en önemli aktörleri olan iki yeni meclis ortaya çıkmıştır[56]. 1295 ve sonrasında etkinliğini sürdüren bu yeni temsili yapı, döneminin parçalanmış feodal siyasal sistemleri ve yönetim aygıtlarıyla kıyaslandığında İngiltere'deki siyasal örgütlenmeyi daha çok sayıda yurttaşın hukuksal - siyasal özne haline gelebildiği bir işleyişe kavuşturmuştur. Uzun dönemde bu işleyiş, hem bürokratik aygıtın güçlenerek feodal unsurların merkeze olan bağlılığının artırılabilmesinde hem de özel mülkiyet ilişkileri ile bağlantılı olarak feodal üretim ilişkilerinin bağrında kapitalist üretim ilişkilerin ilk nüvesini oluşturacak yeni iktisadi formların geliştirilebilmesinde benzersiz imkânlar sağlamıştır. Sonuç olarak İngiltere'de en başından itibaren hukuk ile politikanın girift ilişkisinin hem ekonomik yapı tarafından biçimlendirilen hem de onu etkileyerek üretim süreçlerini dönüştüren bir işlev üstlenerek karşılıklılık özellikleri gösterdiği belirtilebilir.

2. İktisadi Dönüşümün Erken Aşaması: Tarımsal Kapitalizmin Gelişimi

Norman fethinin ardından merkezi güç haline gelmeye başlayan monarşik yönetim, bilhassa 16. yüzyılda *Tudor* devrimi olarak adlandırılacak *Tudor* hanedanlığı (1485 - 1603) döneminde sahip olduğu erki daha yoğun biçimde tek elde toplamaya yönelerek devlet aygıtını güçlendirmeye çalışmış; Reformasyon'un da etkisiyle *VIII. Henry*'nin krallığında, devlet ile kilisenin bütünleşmesini ön plana çıkartan anlayışı benimsemiştir[57]. Pek çok faktörün bir arada rol oynadığı bu süreçte, *VIII. Henry*'nin İtalya ile güçlü bağları olan ilk eşi *Aragon'lu Catherine*'den boşanıp *Anne Boleyn* ile ev-

---

[56] SARICA, s. 44 - 45. *I. Edward* döneminde oluşturulan Model Parlamento'nun ardından 14. yüzyılın ortalarında yüksek aristokrat ve ruhbanı içine alan Lordlar Kamarası ve daha alt düzey aristokratlar ile özgür yurttaşların yer aldığı Avam Kamarası adında iki meclisli yapının oluşturulmasıyla yeni kamusal temsil anlayışı ileri bir safhaya taşınmıştır. Ayrı sınıfları ve çıkarları temsil eden ve günümüze ulaşan bu iki meclis tarihsel süreç içerisinde kendi aralarında kesintisiz bir güç mücadelesi yürütmüşlerse de özellikle krallık yetkilerinin kısıtlanması konusunda işbirliğine de yönelebilmişlerdir. Bununla birlikte kapitalizmin gelişimine paralel olarak burjuvazinin iktisaden güçlenmesi, özellikle 17. yüzyıl ve sonrasında Avam Kamarası'nın gücünün ağır basmasıyla sonuçlanmıştır. LIPSON Leslie, **Politika Biliminin Temel Sorunları**, (Çev. T. Karamustafaoğulları), 2. Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, 1978; s. 287; SENCER, s. 7.

[57] WOOD, 2012, s. 29; AĞAOĞULLARI Mehmet Ali / ÇULHA ZABCI Filiz / ERGÜN Reyda, **Kral Devletten Ulus-Devlete**, İmge, Ankara, 2005, s. 103; HILL Christopher, **İngiliz Devrimler Çağı - Demokratik Devrimden Sanayi Devrimine 1530 - 1780**, (Çev. L. Akalın), Kaynak, İstanbul, 2015, s. 48.

lenmek istemesi fakat Roma Katolik Kilisesi'nin bu talebe rıza göstermemesi, *VIII. Henry*'nin Kilise'nin otoritesini reddederek 1532 - 1534 arasında bir dizi kanun yayınlamasıyla sonuçlanmıştır[58]. İngiltere'nin siyasal, dinsel ve yargısal dizgelerinin yanı sıra özellikle arazi sahipliklerine ilişkin mülkiyet hukuku kurallarını baştan aşağı değiştirdiği için iktisadi alt yapıyı kökten biçimde etkileyen bu kanunlardan ilki 1532 tarihli *Acts in Restraint of Annates* (Papalık Vergisinin Kısıtlanması Yasası) ile kilise gelirlerinin Roma'ya tahsisi engellenmiş, daha sonra 1533 tarihli *Statute in Restraint of Appeals* (Temyizlerin Kısıtlanması Yasası) ile İngiltere'nin bir imparatorluk olarak kiliseyi ilgilendiren hukuki konularda Roma'ya başvurmasına gerek kalmadığı ve tek bir egemen yönetici - kral tarafından yönetildiği belirtilerek tüm yargılama yetkisinin krallık bünyesinde toplandığı hüküm altına alınmıştır[59]. 1534 tarihli *The Act of Succession* (Ardıllık Yasası) ile bir taraftan *VIII. Henry*'nin *Anne Boleyn*'den olma kızı *Elizabeth* tahtın varisi ilan edilirken diğer taraftan tüm halkın İngiltere Kilisesi'nin başı olarak krala bağlılık yemini etmesi zorunlu tutulmuş; 1534 tarihli *Act of Supremacy* (Üstünlük Yasası) ile de İngiliz Kralı Kilise'nin en üst yöneticisi konumuna getirilirken kraliyetin tüm onurlara, haysiyetlere, üstünlüklere, yargı yetkilerine, ayrıcalıklara, otoritelere, bağışıklıklara, kârlara ve metalara sahip olduğu belirtilmiş, ruhban sınıfı medeni hukuka tabii kılınmış ve Papalık makamının İngiliz Kilisesi üzerinde var olan tüm hakları *VIII. Henry*'ye tanınmıştır[60]. Yine bu dönemde, 1537'de İncil'in resmi bir İngilizce çevirisi yayınlanıp bunun tüm kiliselerce satın alınması karara bağlanarak kutsal kitabın ulusal dilde kullanılmasına başlanmıştır[61]. Bu düzenlemeler kilise ile devletin bütünleşmesi anlamına geldiği gibi İngiliz krallarının kilise üzerindeki mutlak gücünün de kaynağını oluşturmuştur.

---

58 BLACK, 2020, s. 203 - 204; PILATI Reneta, "İngiltere", **16. Yüzyıl Rönesans Çağı**, (Edi. U. Eco), (Çev. A. Tonguç), Alfa, İstanbul, 2019, s. 153; MERRIMAN John, **Rönesans'tan Bugüne Modern Avrupa Tarihi**, (Çev. Ş. Alpagut), Say, İstanbul, 2018, s. 144 - 145.

59 Acts in Restraint of Annates, https://www.oxfordreference.com/view/10.1093/oi/authority.20110803095414694, (Erişim Tarihi: 07.01.2020); BAKER, 2003, s. 246 - 247; ZOPHY Jonathan W., **Ateş ve Su Üzerinde Dans - Rönesans ve Reform Avrupası'nın Kısa Tarihi**, (Çev. B. Karakurt), Dergah, İstanbul, 2019, s. 316.

60 The First Act of Succession, http://www.luminarium.org/encyclopedia/firstactofsuccession.htm, (Erişim Tarihi: 07.01.2020); Henry VIII's Act of Supremacy (1534) - original text, https://www.britainexpress.com/History/tudor/supremacy-henry-text.htm, (Erişim Tarihi: 07.01.2020); ZOPHY, s. 316 - 317; MERRIMAN, s. 145 - 146; BLACK, 2020, s. 204.

61 PILATI, s. 153; BLACK, 2020, s. 206.

1534 tarihli *Act of Supremacy*'nin önemli düzenleme alanlarından bir diğeri toprak sahipliklerinde muazzam bir el değiştirmeyi öngören, böylece özellikle tarımsal üretimi önemli ölçüde etkileyerek iktisadi alt yapı üzerinde belirleyici bir tesir bırakan dini kurumların malvarlıklarına el konulmasına ilişkin hükümlerle bağlantılıdır. Bu hükümler, hukuk aracılığıyla mülkiyet haklarına müdahale edildiğinde iktisadi yapılarda nasıl radikal dönüşümler yapılabileceğinin en açık örnekleridir. *Act of Supremacy* ve daha sonra çıkarılan bir dizi idari düzenlemeye dayanılarak Roma Katolik Kilisesi'ne bağlı 600 ile 900 arasında manastır[62] ortadan kaldırılıp bütün İngiltere'ye yayılmış durumda olan geniş topraklarına, her türlü mülklerine ve servetlerine el konulmuş; bilhassa bu toprakların kırsal aristokrasi ile daha küçük toprak sahiplerine satılarak piyasada serbestçe el değiştirebilen birer meta haline getirilmesi, dönemin en büyük devrimci olayı olarak tarımsal kapitalizmin gelişimini hızlandırmıştır[63]. *Act of Supremacy* Roma Katolik Kilisesi'nin tarihsel egemenlik ya da üstünlük iddialarını büyük oranda ortadan kaldırmış, kraliyeti iktisaden zenginleştirerek egemenliğin kralda toplanmasının önünü açmış ve aynı zamanda merkezi devletin güçlenmesine hizmet etmiştir. Bu düzenlemeler, hukuk aracılığıyla hem kilise ile devlet arasındaki egemenlik ilişkilerinin nasıl bir anda tersine döndürülebileceği hem de piyasa ile mülkiyet ilişkilerine müdahale edilerek üretim ilişkilerinin ve üretim alt yapısının radikal biçimde nasıl yeniden şekillendirilebileceğinin en somut örneklerini oluşturmaktadır.

Toprak mülkiyetindeki piyasalaşmanın artması, ilk etapta ticari tarıma yönelen ve kapitalistleşmeye başlayan bir yerel aristokrasi yarattığı gibi süreç içerisinde bu sınıfın güç ve nüfuzunu da çoğaltmıştır[64]. Bu piyasalaşma, manastır toprakları üzerinde babadan oğula geçen oturma hakkına sahip çiftçilikle uğraşan yoksul köylülerin kovulup topraksız kalmalarına, aynı zamanda kentlerdeki burjuvaların yavaş yavaş kırsalda toprak alımına yö-

---

62 *Bernard*'a göre 260'sı keşişler, 300'ü bölgesel katedallerde yaşayan rahipler *(regular canons)*, 142'si rahibeler, 183'ü de dilenci keşişler manastırı olmak üzere 900 civarında manastır tüm menkul ve gayrimenkulleriyle birlikte tasfiye edilmiştir. BERNARD, G. W., "The Dissolution of the Monasteries", **History - The Journal of the Historical Association**, S. 96, s. 390.

63 BERNARD, s. 390; HILL Christopher, **1940 İngiliz Devrimi**, (Çev. N. Kalaycıoğlu), Kaynak, İstanbul, 1983, s. 26; ZOPHY, s. 317; HILL, 2015, s. 90 - 91; PILATI, s. 153; MERRIMAN, s. 146.

64 KAYMAK Muammer, "Sanayi Devrimi Neden İngiltere'de Gerçekleşti? Karşılaştırmalı Bir Makro Tarih Denemesi", **İktisada Dokunmak**, (Der. H. Mıhcı), Phoenix, Ankara, 2011, s. 170.

nelmesine ve bu vesileyle toplumsal yapıda önemli değişimlere neden olmuştur[65]. Tarımsal mülkiyet üzerindeki bu dönüşüm yeni arazi sahiplerinin toprakları işleyebilmek için kiracı çiftçilere ya da ücretli emeğe ihtiyaç duymalarına yol açarak tarımsal kapitalizmin gelişmesine başka bir yönden katkı sunmuştur. Tarımsal mülkiyetteki bu değişim, toprağın zamanla birleştirilip belirli kişilerin elinde toplanmasını engelleyememiş ve uzun dönemde geniş kitlelerin mülksüzleşmesi ve tarım işçileri haline gelmesiyle sonuçlanmıştır[66]. Bununla birlikte tarımsal mülkiyetin belirli kişilerin elinde toplanmasını önlemeye yönelik çeşitli hukuki müdahaleler de olmuştur. Reformasyon öncesinde *VII. Henry* ve Reformasyon sırasında *VIII. Henry* büyük toprak mülkiyetini küçük mülk sahipleri arasında bölme siyasetiyle birlikte kırsalda yaşayanlara dönük bazı hukuki düzenlemeler gerçekleştirmişlerdir[67]. *VII. Henry*'nin ve *VIII. Henry*'nin izlediği politikalar ve yaptıkları hukuksal düzenlemeler toprağın ve büyük koyun sürülerinin az sayıda elde toplanmasını[68] ve temelde küçük toprak sahibi köylülerin mülksüzleştirilmelerini önlemeye yöneliktir. Bununla birlikte her iki kralın aldığı hukuki önlemlerin köklü bir tarım reformu anlamına gelmediğini belirtmek gerekir. *Pelz*'in de ifade ettiği üzere bu önlemler daha ziyade hükümdarların kendilerine tabii olanların refahı için bir şeyler yapmasalar da yapar gibi gözükmelerini sağlayan düzenlemelerden başka bir şey değildiler[69]. Gerçekten de söz konusu hukuksal müdahaleler yoluyla köylülerin mülklerini kaybetmelerinin önüne geçilmeye çalışılması ve toprak mülkiyetinin az sayıda kişide temerküzünün engellenmek istenmesi, başka bir ifadeyle hukuk aracılığıyla geleneksel üretim ilişkilerinin devam ettirilmesi politikası uzun dönemde başarısız olmuş, piyasa kendi gelişimini hukuksal düzenlemelere rağmen sürdürmüştür. Bu gelişim süreci piyasaya yönelik üretimi canlandırdığı gibi kapitalistleşebilen çiftçiler arasındaki rekabeti yoğunlaştırarak İngiliz tarımsal kapitaliz-

---

65 MARX Karl, **Kapital - Ekonomi Politiğin Eleştirisi, I. Cilt - Sermayenin Üretim Süreci**, (Çev. M. Selik & N. Satlıgan), 2. Bası, Yordam, İstanbul, 2011, s. 693; HILL, 1983, s. 27.

66 HILL, 2015, s. 34; MARX, 2011, s. 693.

67 MARX, 2011, s. 691 - 692. Marx bu müdahaleleri biraz ironik ifadelerle şu şekilde açıklar: "Bu köklü dönüşüm yasa koyucuyu dehşete uğrattı. Yasa koyucu, wealth of the nation'ın (ulusun zenginliğinin), yani sermaye oluşumunun ve halk kitlesinin insafsızca sömürülüp yoksullaştırılmasının, devlet yönetme sanatının ultima Thule'si (son sınırı) kabul edildiği bu yüksek uygarlık düzeyine henüz erişmemişti". MARX, 2011, s. 691.

68 SABINE George, **Siyasal Düşünceler Tarihi II - Yeni Çağ**, (Çev. A. Öktem), Türk Siyasi İlimler Derneği, Ankara, 1969, s. 181. Örneğin 1533'te çıkarılan bir yasayla sahip olunabilecek koyun sayısı iki bin adet ile sınırlandırılmıştır. MARX, 2011, s. 692.

69 PELZ William A., **Avrupa Halkları Tarihi**, (Çev. N. Tuna), Kolektif, İstanbul, 2017, s. 59.

minin kendine özgü gelişim seyrine ivme kazandırmıştır. Bu ivmelenmede aristokrasi ve büyük burjuvazinin toprak sahipliği üzerindeki temerküzünün yoğunlaşmasının toprak rantlarını artırarak kiracı çiftçiler arasındaki rekabeti çoğaltması ve bunun sonucu olarak kiralık emeğin kullanımındaki fazlalaşmalar önemli rol oynamıştır.

Ülkenin güney ve doğusu başta olmak üzere tarımsal üretimin kapitalistleşmesinde gerek *Tudor* öncesi gerek sonrası dönemde toprak üzerindeki mülkiyetin hâkim unsuru olan İngiliz aristokrasinin üretim ilişkileri içindeki tarihsel konumuna bakıldığında Kıta Avrupası'ndaki örneklerin aksine yeni bir iktisadi zenginleşme modelinin içinde yer almaya başladıkları dikkat çeker. Avrupa'nın diğer bölgelerinde klasik feodalizme uygun biçimde aristokratların zenginliğinin kaynağı, ekonomi dışı zor yoluyla geniş kitlelerin artık ürününe el konulmasına ya da başka bir ifadeyle farklı biçimlerde de olsa siyasi - hukuki ilişkiler yoluyla elde edilen mülklere, senyörlüğün getirdiği statüsel ayrıcalıklara ya da bölgesel yargılama yetkilerine ilişkin haklarına dayanırken, İngiliz aristokrasisinin zenginliğinin temeli esas olarak iktisadi sömürüyle biçimlenmiştir[70]. Zenginliğin temelindeki bu değişimde, küçük toprak sahipliğinin her ne kadar İngiliz kırsalında tamamen ortadan kalkmamışsa da bilhassa ülkenin güney ve doğusunda giderek azalma eğilimi göstermesi, aristokratların en verimli arazileri kontrol etmeye başlamaları ve sahip oldukları toprağı düzenli biçimde genişletmeleri ile bu toprakları kiralamak suretiyle rant gelirlerini çoğaltmaları önemli rol oynamıştır[71]. Süreç içerisinde büyük toprak sahipleri, geleneksel feodalizmdekinin aksine tarımsal üretimin örgütleyicisi olmaktan çıkarak arazilerini kapitalist çiftçilere kiralayan ve rantla zenginleşen bir sınıf haline gelmiştir[72]. Toprağın daha ilkel yöntemlerle işlendiği İngiliz feodalizminin erken biçimlerinde kolay kolay el değiştirmeyen ve miras yoluyla aynı aile içinde kalan tarımsal mülkiyet, 16. yüzyıldan itibaren hukukun toplumsal ve ekonomik ihtiyaçlara ayak uydurmasıyla beraber rekabete daha açık, serbest piyasa ortamında alınıp satılan bir meta haline dönüşerek tarımsal üretimin çehresini bütünüyle değiştirmiştir[73]. Bu değişimin uzun dönemde toplumsal yapı ve ilişkiler üzerinde köklü dönüşümlere yol açması da kaçınılmaz hale gelmiştir. Ta-

---

70 WOOD, 2012, s. 29; AĞAOĞULLARI / ÇULHA ZABCI / ERGÜN, s. 102.

71 WOOD, 2012, s. 29.

72 HOELL Günter, **Tarımda Kapitalizmin Gelişimi ve Toprak Rantı**, (Çev. A. Doğkan), Bilim, İstanbul, 1975, s. 12 - 13.

73 HILL, 1983, s. 27.

rımsal mülkiyetin bu şekilde kolayca el değiştirmesinin ilk toplumsal sonucu, ekonomik güçlüğe düşen küçük toprak sahiplerinin ellerinde bulundurdukları toprakları satmaya yönelmeleri ve zamanla tarım işçileri haline gelerek ya da şehir merkezlerine göç ederek proleterleşmeleri olmuştur.

Tarımsal mülkiyetin bu dönüşümü İngiltere'nin gelişmiş bölgelerinde zirai üretimin örgütlenmesini ve tarım tekniklerini köktenci biçimde değiştirmiş ve kapitalist çiftlik işletmeleri giderek yaygınlaşmıştır. Büyük toprak sahipleri, mülkiyetlerinde tuttukları geniş arazileri piyasa şartlarına göre belirlenen bir rant üzerinden kiracılar aracılığıyla işletmeye ağırlık verirken, kiracı çiftçiler ise sürekli artan rantı karşılayabilmek için bir taraftan üretkenliği yükseltmeye diğer taraftan kendi aralarındaki rekabetin yoğunlaşması sonucunda maliyet hesaplı üretime yönelmişlerdir[74]. Kendi sermayelerini kullanan kiracı çiftçiler işçi çalıştırmak suretiyle sermayelerini artırmaya çalışırken elde ettikleri artık ürünün bir kısmını para ya da bazen ayni mal şeklinde toprak rantı olarak büyük toprak sahibine veriyorlardı[75]. Bu arazilerin kiracı çiftçilerce hukuki - iktisadi sözleşmeler aracılığıyla işletilmesi İngiliz tarımsal kapitalizminin kendine has bir gelişim çizgisi göstermesine yol açmasının yanı sıra üretimin kitleselleşmesi nispetinde piyasaya yönelimi artırmış ve kârlılık zirai faaliyetlerin muharrik gücü haline gelmiştir[76]. Toprağın önemli bir rant unsuru olmasında ayrıca ticaret ile uğraşan burjuvazinin spekülatif amaçlı büyük arazi alımları yapması, bu arazileri kiracı çiftçiler aracılığıyla işleterek rekabetçi üretimi dolaylı yoldan teşvik etmesi, bazen de toprağın iyileştirilmesine yönelik sermaye yatırımları yaparak ücretli emekle işlenen doğrudan kapitalist çiftlikler kurması gibi faktörler de önemli rol oynamıştır[77].

Dönemin kapitalist gelişiminin temel etmenleri gerek üreticiler gerek artık ürüne el koyan toprak sahipleri açısından iktisadi alanda varlıklarını koru-

---

74 WOOD, 2012, s. 29 - 30; AĞAOĞULLARI / ÇULHA ZABCI / ERGÜN, s. 102.

75 MARX, 2011, s. 712. *Hill*'e göre 1530 - 1640 yılları arasında İngiltere'de fiyatlar beş misli artarken bazı yörelerde kiralar en az sekiz kat yükselmiş, keza koyun yetiştiriciliğinden sağlanan gelirlerde dört buçuk ile yedi misli arasında çoğalma yaşanmıştır. Bu süreçte en büyük kârı topraklarını hızla genişleyen ihracat piyasası için üretim yapmaya yönelik olarak kiralayan ve kira müddetlerini en çok kısaltabilmiş olan kapitalist çiftçiler sağlamıştır. Bununla birlikte pek çok küçük çiftçi elde ettikleri kârı yükselen kira bedelleri ve vergiler nedeniyle aslında kaybetmişlerdir. HILL, 2015, s. 92.

76 WOOD, 2012, s. 239; HILL, 1983, s. 27.

77 DOBB Maurice, **Kapitalizmin Gelişmesi Üzerine İncelemeler**, (Çev. F. Akar), Belge, İstanbul, 1992, s. 113.

yabilmek ve sürdürebilmek için rekabetçi piyasa koşulları içinde kârlarını maksimize etmeye ve bu doğrultuda işgücü verimliliklerini sürekli arttırmaya yönelmeleri, kârlı üretim için tarımsal arazilerin iyileştirilmesi stratejisine sarılmalarıydı[78]. 16. yüzyılda tarımın yeni bir temele oturması ve rekabetçi tarımsal üretimin ortaya çıkardığı diğer önemli bir olgu, küçük toprak soyluları (*yeoman*) ile üst düzey aristokratların mülkiyetlerinde olan dağınık toprak parçalarını birleştirmeleri, çitlenmemiş ekilebilir arazileri koyun yetiştiriciliği amacıyla otlaklara çevirmeleri ve bu tür tarımsal işletmeler aracılığıyla başta yün olmak üzere pazar için üretimi arttırmaya yönelmeleridir[79]. Bu yönüyle çitleme hareketinin uzun vadeli sonuçlarından ilki tarımda bireyciliği, yani özel mülkiyet düşüncesi ile kapitalist zihniyeti daha da geliştirmek; ikincisi toplumsal yapının bozulmasını hızlandırarak topraksız ve işsiz kalan köylülerin proleterleştirip yün sanayinin ucuz iş gücü kaynağı haline getirmek suretiyle ortaya çıkıyordu[80]. Üretim ilişkilerindeki bu dönüşüm bir taraftan feodal üretim tarzının çözülmesine neden olup tarımsal ilişkilerin kapitalistleşmesini yoğunlaştırmakta diğer taraftan hukuki - politik alanda rekabetçi koşullara ve kapitalist tarıma uyum gösterip zenginleşebilen çiftçilerin hem hukuksal bir

---

78 WOOD, 2012, s. 30. İngiltere'deki tarımsal kira sözleşmesinin iktisadi anlamı hem toprak sahibini hem de kiracıyı ekonomik rekabetin baskısı altına sokmasıdır. Örneğin 17. yüzyıl Fransız tarımı büyük ölçüde geleneksel köylü tarımına dayanırken, İngiliz toprak sahipleri ve kiracıları giderek daha çok tarımsal iyileştirmelerle ilgileniyorlardı. Toprağı yenilikçi usullerle kullanmaya çalışarak rekabetin yarattığı ortam içinde işgücü verimliliğini maksimize etmenin arayışı içindeydiler. Bütün bunlar aynı zamanda mülkiyet hakları üzerinde etkili oluyordu. WOOD, 2012, s. 239.

79 DOBB; 1992, s. 113 - 114; HILL, 1983, s. 30. İngiliz kırsalında çitleme faaliyetleri sonucu toprakların birleştirilmesi ve otlağa dönüştürülmesinin yarattığı toplumsal çözülmenin bir benzeri, daha ağır biçimde Sanayi Devrimi döneminde yaşanmıştır. Otlağa dönüştürülen arazilerde yaşayan pek çok kimse -zorunlu ikamete ilişkin bazı yerel yasalar olsa da- ya başka yerlere göç etmek durumunda kalmış ya da kapitalist tarım çiftliklerinin ucuz iş gücü kaynağı haline gelmişlerdir. Çitleme faaliyetleri sonucu kendilerini geçindirebilecek miktarda toprağı olmayan birçok çiftçi de ev imalatı sektörünün emekçileri haline gelerek kırsal endüstrinin gelişiminde önemli rol oynamışlardır. Kırsaldaki bu dönüşüm doğal olarak geleneksel iktisadi ve toplumsal hayatı kökten biçimde sarsmıştır. POLANYI Karl, **Büyük Dönüşüm - Çağımızın Siyasal ve Ekonomik Kökenleri**, (Çev. A. Buğra), 10. Bası, İletişim, İstanbul, 2011, s. 74 - 81; KAYMAK, s. 169.

80 ÜŞÜR İşaya, "Burjuva Devrimleri Bağlamında Onyedinci Yüzyıl İngiliz Devrimi", **11. Tez - Sosyalizm Nereye?**, S. 10, Belge, İstanbul, 1990, s. 169 - 170. *Moore*'a göre çitleme faaliyetlerinin İngiliz tarihindeki önemli bir sonucu da 1580 dolaylarında başlayıp yaklaşık elli yıllık bir periyodu etkileyen toprak satışlarında görülen patlama ve arazi kiralarındaki yüksek oranlı artıştır. Bu değişimin temel nedeni ise tarımsal üretimin örgütlenmesindeki başta çitleme faaliyetleri olmak üzere yaşanan yapısal dönüşüm, başka bir ifadeyle feodal tarım örgütlenmesinden kapitalist tarım modeline geçiştir. MOORE JR. Barrington, **Diktatörlüğün ve Demokrasinin Toplumsal Kökenleri - Çağdaş Dünyanın Yaratılmasında Soylunun ve Köylünün Rolü**, (Çev. Ş. Tekeli / A. Şenel), 2. Bası, Verso, Ankara, 1992, s. 13.

özne hem de zamanla siyasal bir özne konumuna gelebilmelerine imkân tanımaktaydı. Bununla birlikte tarımdaki bu değişim kırsaldaki mülksüz geniş kitleler için bu imkânların hiçbirini sağlamadığı gibi hayatın sürdürülebilmesini giderek güçleştiriyor ve zamanla emeğinden başka piyasaya sunabileceği bir şeyi olmayan kır ya da sanayi proleterleri haline gelmeleri sonucunu doğuruyordu. Bu bakımdan İngiltere'de ticari kapitalizmin ve ardından sanayi kapitalizminin diğer ülkelere kıyasla neden erken gelişim gösterdiğinin cevabını feodal mülkiyet ilişkilerinin dönüşümünde ve tarımsal kapitalizmin ortaya çıkış şartlarını sağlayan İngiliz ekonomi politiğinin özgünlüğünde aramak gerekir. Mülkiyet ilişkilerinden üretim tekniklerinin değişimine uzanan bir süreçte tarımsal kapitalizmin gelişimi İngiltere'deki iktisadi yapıların bütünsel anlamda kapitalistleşebilmesinin ilk aşamasını teşkil etmiştir.

3. Sermaye Birikiminin Yoğunlaşması: Ticari Kapitalizmin Gelişimi

Ticari kapitalizmin gelişimi konusunda çok farklı görüş ve yaklaşımlar olmakla birlikte bu çalışmada ana hatlarıyla ticari alandaki iktisadi gelişimin temel ölçütlerinin analizi ve ticari sermaye birikiminin feodal çıkar ve imtiyazları koruyan feodal hukuk kuralları ile siyasal düzen üzerindeki değişime zorlayıcı rolüyle sınırlı bir tartışma yürütülecektir. Ticari kapitalizmin gelişimi ve bunun ekonomi politik düzene etkileri ilk etapta İngiltere'deki küçük ve orta ölçekli tacir - üretici bir burjuva sınıfının zenginliğini artırarak sermaye birikimini sağlaması noktasında gerçekleşmiştir. İkinci olarak bu etkiler söz konusu sınıf mensuplarının birçoğunun öncelikle *Cromwell*'ci bir tutum takınarak iç savaş ile cumhuriyet dönemlerindeki mücadele ve faaliyetleriyle 1688 Devrimi'nin siyasal - hukuksal paradigmasının oluşumu ve dönüşümündeki işlevlerinden kaynaklanmaktadır.

Geleneksel görüş açısından ticari sermayenin belirli bir gelişmişlik düzeyine ulaşması hem servetin yoğunlaşmasını sağlaması hem de ticaret için üretimi teşvik etmesi itibariyle kapitalist üretim tarzının ortaya çıkışında tarihsel bir önkoşul kabul edilir[81]. Bununla birlikte ticari sermayedeki bu gelişim, her ne kadar ürünlerin metalara dönüşmesine ve üretimin mübadele değerine yönelik bir karakter kazanmasına yol açsa da, *Marx*'ın belirttiği üzere söz konusu sermayenin bu birikimi, tek başına üretim tarzının dönüşümünü açıklamaya yetmez[82]. Bu aşamada üretici güçler ile üretim ilişkileri arasındaki etkileşimin

---

[81] MARX, 2015, s. 329.

[82] MARX, 2015, s. 325.

bazı temel öğelerindeki değişime daha yakından bakmak gerekir. 16. yüzyıldan itibaren üretim tekniklerindeki gelişmeler ve sermaye birikiminin başlaması geleneksel lonca sistemi içinde gerçekleşen üretim faaliyetlerinin feodal hukuk düzeninden kalan sınırlama ve yükümlülüklerden kurtulup kapitalistleşmesi -serbestleşmesi- yönündeki baskıları artırmıştır. Üretimin örgütlenmesindeki dönüşüm, geleneksel üretim yapan ve çıkarları feodal hukukun imtiyazları sayesinde korunan üreticilerin direnişine rağmen onları sermaye sahibi işveren, yanlarındaki kalfa ya da çırak statüsünde paternalist iş ilişkilerine tabi çalışanlarını ise ücretli emekçiler haline getirerek kapitalist gelişimin yeni bir evreye taşınmasında itici güç olmuştur.

Marx'a göre feodal üretim tarzından çıkış ancak üreticinin bir tacir ve kapitalist haline gelmesiyle -ki *Marx*'a göre asıl devrimci yol budur- ya da 17. yüzyıl İngiliz kumaşçılarının dokumacılara yün satıp onlardan kumaş aldıkları örnekte olduğu gibi, üretim üzerinde tacirin dolaysız denetim kurması suretiyle gerçekleşebilmiştir[83]. Burada ister zanaatkâr ister tacir, geçmişteki konumu ne olursa olsun, üreticinin hem tacir hem de ücretli işçi çalıştıran bir kapitalist olarak üretim faaliyetlerine başlaması üretim tarzının dönüşümünün ilk aşamasını oluşturmuştur[84]. Farklı sektörlerde farklı biçimlerde gerçekleşebilen kapitalistleşme sürecinde, bazı durumlarda tacir ya da ticari örgütler zanaatkârları denetim altına alarak lonca örgütlenmesinin kurallarını zayıflatmakta ve etkisizleştirmekte, bazen de kent dışında loncalara bağlı olmayan zanaatkârlar eliyle üretime ağırlık vermektedirler[85]. Süreç içerisinde lonca sisteminin feodal hukuk düzeninden kalma sıkı ve geleneksel kurallarının kapitalist gelişmeye ket vurması, tacir kapitalistleri loncalarla çatışmaya girip feodal ku-

---

[83] MARX, 2015, s. 337. *Polanyi*'ye göre Batı Avrupa'da sınaî üretim 18. yüzyıla kadar ticaretin bir parçasıdır. Burada ev imalatı sisteminin baskın üretim şekli olması ve tacirin sistemin işleyişinde temel belirleyici konumda bulunması, sanayinin ticari faaliyetlerin uzanımında biçimlenmesi sonucunu doğurmuştur. Tacirin üretimle ilişkisinde asıl dönüşüm karmaşık ve dolayısıyla uzmanlık gerektiren makinaların icadıyla gerçekleşmiştir. Karmaşık makinaların kullanımı, fabrika sisteminin gelişmesini sağlayarak ev imalatını geriletmiş; bu süreçte de ticaret, sanayinin gerisine düşmüştür. Sınaî üretim, tacirin bir alım - satım işlemi olmanın çok ötesinde uzun vadeli yatırımları ve bunlarla ilgili riskleri içermeye başlamıştır. Bu nedenle de sınaî üretim daha fazla uzmanlığa dayanan, karmaşık makinalarla fabrikalarda üretimin yapıldığı ve söz konusu risklerin göz önünde tutularak belirli ölçüde üretimin sürekliliğinin sağlanması zorunluluğunun bulunduğu bir faaliyet haline gelmiştir. POLANYI, s. 121 - 122.

[84] SWEEZY Paul M., "Bir Eleştiri", **Feodalizmden Kapitalizme Geçiş Süreci**, (Çev. Ç. Yetkin), 2. Bası, May, İstanbul, 1974(a), s. 49. *Sweezy*, *Dobb*'un *Marx*'ın feodalizmden kapitalizme geçişe ilişkin söz konusu pasajını yanlış yorumladığını söylemektedir. Konuyla ilgili tartışma için bkz. SWEEZY, 1974(a), s. 46 - 51.

[85] DOBB, 1992, s. 113 ve s. 117 - 121.

ralları bazen dolanma ama daha çok da üretimi yeniden örgütlemeye dönük hamlelerle aşmaya yöneltmiş, böylece loncalar iktisadi yaşam içinde giderek etkisizleşip önemsizleşmişlerdir[86]. Loncaların hukuki güçlerini kaybetmelerinin zanaatkârların da sınırlamalardan kurtularak kapitalistleşebilmesi için önemli bir imkân sunduğu -ya da tam tersi fakirleşip proleterleşmeleri sonucunu doğurduğu- söylenebilir. Ancak loncaların etkinliğini kaybetmesi ve üretim süreçlerinin kapitalistleşmesinin uzun ve sancılı bir sürecin sonunda gerçekleşebildiğini belirtmek gerekir. Burada özellikle feodal hukuk kurallarının feodal üretim ilişkilerinin varlığını sürdürmede önemli bir fonksiyon üstlendiği dikkat çeker; söz konusu durum bir üst yapı kurumu olarak hukukun alt yapı üzerindeki etkinliğinin önemli bir örneğini teşkil eder. *Marx*'ın da belirttiği üzere *"tefecilik ve ticaret yoluyla oluşan para - sermayenin sanayi sermayesine dönüşmesi kırda feodal hukuk düzeni, kentlerde ise lonca sistemini ayakta tutan hukuk düzeni ile önlenmişti*[r]*"*[87]. Ancak kapitalistler uzun dönemde bu feodal hukuk kurallarını dolanarak üretim faaliyetlerini kapitalistleştirmeyi başarabilmişler ve zamanla bu kapitalistleşmeyle uyumlu hukuk kurallarının yürürlüğe girmesini sağlamışlardır.

Bu doğrultuda kapitalistlerin bulduğu yöntemlerin başında, 17. yüzyılda yoğunlaşan, geleneksel tip üretimden kökten bir farklılaşmayı ifade eden, yer yer manifaktür üretimle bir arada yürütülen ve karmaşık biçimlerde farklı türleri bulunan, ancak sermayeye bağımlılığı temel karakteristiği olan ev imalatı sistemi[88] İngiltere'de giderek yaygınlaşmıştır[89]. Ev imalatı sisteminin ilk geliştiği sanayilerden olan tekstil sektörünün[90] bazı örneklerinde, üretim

---

86 ÜŞÜR, s. 171.

87 MARX, 2011, s. 718.

88 *Engels*'e göre makineleşme yaygınlaşmadan önce hammadde büyük oranda işçinin evinde eğriliyor ve dokunuyordu. Burada bütün ailenin içinde yer aldığı bir işbölümü söz konusuydu. Kırsalda yaşayan bu dokumacı aileler ücretleriyle oldukça iyi bir yaşam sürebilmekteydiler. Ev imalatı sisteminde henüz yoğun bir rekabet olmadığı için bu aileler zaman zaman toprak kiralayıp tarımsal faaliyetlere de yönelebiliyorlar ya da *Dobb*'ın da belirttiği üzere, tersi biçimde, küçük bir toprağa sahip olan kişi ek bir çalışma ve gelir kaynağı olarak ev imalatına geçebiliyordu. ENGELS Friedrich, **İngiltere'de Emekçi Sınıfın Durumu**, (Çev. Y. Fincancı), Sol, Ankara, 1997, s. 46; DOBB Maurice, **Kapitalizm Sosyalizm Azgelişmiş Ülkeler ve İktisadi Kalkınma**, (Çev. M. Selik), Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Ankara, 1981, s. 15.

89 DOBB, 1992, s. 130 - 131.

90 *Polanyi*'ye göre ev imalatı sisteminin hızla yaygınlaşmasının sebeplerinin başında toprakların çitlenerek otlaklara dönüştürülmesi ve buralardaki koyun çiftliklerinden elde edilen yünün işlenmesi zorunluluğu geliyordu. Bu yünler küçük mülk sahibi köylüler ile çitleme faaliyetleri sonucu topraklarından uzaklaştırılmış mülksüz köylülere iş ve pek çok zanaatkâra da kazanç imkânı sağlamıştır. POLANYI, s. 75 - 75.

sürecinin içinde yer alan dokumacısından boyacısına kadar herkes tacir kapitaliste zamanla tamamen bağımlı hale gelmiş, alet ve makinelerin yanı sıra kimi durumlarda üretimin gerçekleştiği yer bile tacire ait olduğundan, emek gücünden başka satacak hiçbir şeyi olmayan bir iş gücü ve onu istihdam eden kapitalistleşmiş tacirler ortaya çıkmıştır[91]. Bununla birlikte bu bağımlılığın azaldığı veya kırılabildiği oranda ev imalatına dayanan sistem küçük üreticinin zamanla başkalarına da iş yapan küçük ve orta ölçekli işletme ya da manifaktürcü konumuna yükselebilmesinin yolunu açarak daha çok sayıda kapitalisti de ortaya çıkarmıştır[92]. Ev imalatı sanayinin yoğunlaştığı kırsal kesimdeki kimi yerler süreç içerisinde giderek endüstrileşerek ve pazar merkezleri haline gelerek birkaç yüzyıl içinde sanayi kentlerine doğru yeni bir dönüşümün habercisi olmuşlardır[93]. Keza daha yoğun sermaye ve emek gücü gerektiren endüstriyel alanlarda, müteşebbislerin artık zanaatkâr emeğini bir kenara bırakarak şirket temelli yatırımlarla istihdam edilen, ücretli emeğe dayanan üretime yönelerek kapitalist üretim tarzını kurumsallaştırdıkları da görülmekteydi[94].

İngiltere'de ticari kapitalizmin gelişim hızını etkileyen bir diğer önemli motif 16. ve 17. yüzyıllarda Kıta Avrupası ülkeleriyle sömürgecilik rekabetinin yarattığı koşullar içinde merkantilist iktisadi anlayışların ön plana çıkıp siyaseten benimsendiği bir zeminde sömürgeciliğin bir nevi resmi krallık politikası haline gelmesi olmuştur. Gerçekten 16. ve 17. yüzyıldaki coğrafi keşiflerle birlikte ticaret alanı hızla genişleyip ticari sermaye birikimi çoğalmış, Asya ve Amerika başta olmak üzere sömürgeci rekabet döneminin başlaması ile dünya pazarındaki metalar çeşitlenmiş ve daha yoğun üretim için feodal hukuki engellerin kaldırılması zorunluluk haline gelmiştir[95]. 1600

---

91 HUNT E. K. / LAUTZENHEISER Mark, **İktisadi Düşünce Tarihi - Eleştirel Bir Perspektif**, (Çev. V. U. Aslan), Phoenix, Ankara, 2016, s. 41 - 43.

92 TAKAHASI H. K., "Tartışmaya Bir Katkı", **Feodalizmden Kapitalizme Geçiş Süreci**, (Çev. Ç. Yetkin), 2. Bası, May, İstanbul, 1974, s. 108 - 109. *Dobb*'a göre ev imalatı yapan küçük üreticinin çözülme süreci yukarıda belirtilen çerçeveye benzer biçimde iki farklı sonuç doğurmuştur. Buna göre küçük üreticilerin *"*[b]*ir çokları, iktisadî güçlüklere düşme sonucu bağımsızlıklarını yitirmekte ve yarı-proleter durumuna gelmekte idiler; daha iyi durumda olanları, bir miktar sermaye biriktiriyor ve fakir komşularının iş-verenleri haline geliyor; böylece, endüstrinin gerektirdiği parayı sağlayan ve ona düzen verenler (ve yeniliklere öncülük de edenler), asıl tüccarlar yerine, gittikçe, bizzat küçük imalâtçıların arasından yükselen kapitalistler olmaya başlıyordu"*. DOBB, 1981, s. 16.

93 HOBSBAWM E. J., **Sanayi ve İmparatorluk**, (Çev. A. Ersoy), 6. Bası, Dost, Ankara, 2018, s. 28.

94 DOBB, 1992, s. 113.

95 MARX, 2015, s. 334.

yılında kurulan İngiliz Doğu Hindistan Kumpanyası bu anlamda İngiltere'nin sömürgecilik faaliyetlerinin en önemli simgesi olurken dış ticaret hacmi bilhassa *Stuart* hanedanlığı döneminde, 1610 - 1640 yılları arasında on kata varan oranlarda artmış; bu durum pek çok sektörde üretimin hızlanmasını sağladığı gibi ticari faaliyet imkânlarını da genişleterek ticaret burjuvazisinin giderek zenginleşmesinin yolunu açmıştır[96]. Sömürgecilik ve ticaret burjuvazinin gelişimi sadece sermaye birikimini artırmakla kalmayıp doğrudan manifaktür üretimin de yoğunlaşmasını sağlamış, bu yoğunlaşma gelecek yüzyılın sanayi kapitalizminin habercisi olmuştur. Hatta Sanayi Devrimi'nden önce, 17. yüzyılın başından 1640'lı yıllara uzanan süreçte İngiliz sınai üretiminin önemli bir gelişim gösterdiğinden bahsetmek gerekir. Hollanda'ya ham yün satıp işlenmiş kumaş ithalatı yapan bir ülkeden dokuma sanayinin hızlı gelişimi sayesinde işlenmiş kumaş ihraç eden, üretim tekniklerindeki gelişmelerle kömür madenciliğinde Avrupa'da çıkarılan kömürün beşte dördünü münferiden tedarik eden, ayrıca başka pek çok mamul madde üreten, bunları sömürgeler başta olmak üzere diğer ülkelere satarak ticaret hacmini sürekli büyüten ve tüm bu faaliyetlerin sonucu olarak burjuvazinin hızla zenginleştiği bir ekonomik güç haline gelmiştir[97].

Bu süreçte Kıta Avrupası'nda benimsenen merkantilist iktisadi politikaların benzerleri İngiltere'de de uygulamaya sokulmuştur[98]. Örneğin yün üretiminin teşvik edilmesinde gerek merkantilist politikalar döneminde gerek onun öncesinde hukukun bilhassa vergilendirmeye ilişkin yasal düzenlemelerin yapılması vasıtasıyla etkin bir biçimde kullanıldığı dikkat çeker. Bu doğrultuda yünlü dokuma sanayinin geliştirilmesine ilişkin önlemlerin 14. yüzyıla kadar uzanan bir geçmişi bulunmaktadır[99]. 14. yüzyılda ham yün ihracatına konan yüksek vergiler, üreticileri yünün hammadde olarak değil, işlenip kumaş olarak ihracına yöneltmiş ve bu süreç daha önce belirtildiği üzere ev imalat sisteminin gelişimine önemli katkı sağlamıştır[100]. Keza aşağıda daha çok politik boyutuyla irdelenecek olan *Stuart* hanedanlığı döneminde önce *I. James* ve ardından *I. Charles* tekeller oluşturup üretimi düzenleyici tedbirler alırken merkantilist iktisadi politikaları benimseyip bunları

---

96 BEAUD Michel, **Kapitalizmin Tarihi 1500 - 2010**, (Çev. F. Başkaya), Yordam, İstanbul, 2015, s. 39.

97 HILL, 1983, s. 36.

98 HUNT & LAUTZENHEISER, s. 51 - 53.

99 BLACK, 2020, s. 172.

100 BLACK, 2020, s. 172 - 173.

hayata geçirebilmek için hukuki araçlara başvurmuşlardır[101]. Örneğin bir yasal düzenlemeyle ham yün ihracatını yasaklarken başka bir düzenlemeyle ithal kumaşlardan alınan gümrük vergilerini yükseltmişlerdir[102]. Benzer biçimde ilerleyen dönemlerde de yerli yün kullanımını artırabilmek için ilk olarak 1666 yılında yayınlanmış, daha sonra 1678 ve 1680 yıllarında değişiklikler yapılmış *The Burial in Woolen Acts* (Yünlü Kumaşla Defin Kanunları) düzenlemeleriyle ölülerin ithal kumaşla kefenlenmesi yasaklanmıştır[103].

*Stuart*lar'ı devirip cumhuriyet rejimini tesis eden *Oliver Cromwell* de benzer korumacı iktisat politikalarını sürdürmüştür. Dolayısıyla İngiliz devleti tarafından hukuk, merkantilist iktisadi politikaların başarılı biçimde uygulanabilmesi ve sonuç doğurabilmesi için olmazsa olmaz bir fonksiyon üstlenmiş; iktisadi yapı ve üretim ilişkilerinin biçimlendirilmesi amacıyla, özellikle uluslararası rekabette İngiltere'nin çıkarları söz konusu olduğunda sıklıkla politik amaçlarla kullanılmıştır. İngiltere'nin özellikle deniz ticareti konusunda Hollanda ile yaşadığı rekabette üstün konuma gelebilmesi, sömürgelerdeki çıkarlarının sürdürülebilmesi ve güvenlik ile savunması için, *Smith*'in ifadesiyle İngiltere'deki ticaretle ilgili hukuki düzenlemeler içinde en akıllıcası olan 1651 tarihli *Act of Navigation* (Denizcilik Yasası) çıkarılmış; Avrupa mallarının sadece İngiliz gemileriyle ya da diğer devletin gemileriyle taşınabileceği, sömürgelerle yapılan ticarette de ya İngiliz gemilerinin ya da sömürge devletin gemilerinin kullanılabileceği şeklindeki düzenlemeler hayata geçirilmiştir[104]. *Smith*'in temelde tacirlerin korunması ve İngilte-

---

[101] BEAUD, s. 40; HUNT & LAUTZENHEISER, s. 52.

[102] HUNT & LAUTZENHEISER, s. 52.

[103] HILL, 2016, s. 257; Burial in Woollen, http://www.sovereign-ancestry.com/woollen-burial.html, (Erişim Tarihi: 16.07.2019). İlgili düzenlemeler için bkz. Charles II, 1666: An Act for Burying in Woollen onely, https://www.british-history.ac.uk/statutes-realm/vol5/p598a, (Erişim Tarihi: 16.07.2019); Charles II, 1677 & 1678: An Act for Burying in Woollen, https://www.british-history.ac.uk/statutes-realm/vol5/pp885-886, (Erişim Tarihi: 16.07.2019); Charles II, 1680: An Additionall Act for Burying in Woollen, https://www.british-history.ac.uk/statutes-realm/vol5/p940, (Erişim Tarihi: 16.07.2019). *Hobsbawm*'a göre 17. yüzyıl sonunda yünlü kumaşların ithalatının hükümetçe yasaklanmasının altında İngiliz kumaş üreticilerinin baskısı vardı. Bununla birlikte söz konusu yasak iç pazarın gelişmesine imkân tanımış ve ancak İngiliz sanayicileri diğer ülkelerin pazarlarında rekabet edebilecek düzeye geldiklerinde "serbest ticaret" talebi dillendirilmeye başlamıştır. HOBSBAWM, s. 29 - 30.

[104] SMITH Adam, **Ulusların Zenginliği II** (Çev. M. Saltoğlu), Palme, Ankara, 2007, s. 38 - 39; PURVIS Thomas L., **A Dictionary of American History Blackwell Reference**, Blackwell, Massachusetts, 1997, s. 278. BEAUD, s. 41; ZARAKOLU Avni, **İktisadi Düşünceler Tarihi**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, 1981, s. 8. *Act of Navigation* ilk başta tacirlerin kârlarını önemli oranda arttırmışsa da zamanla farklı sermaye kolları arasında rekabeti yoğunlaştırmış ve bu süreçte doğal olarak kapitalist üretim tarzının gelişmesinde etkili olmuştur.

re'nin sahip olduğu ticari potansiyelin güçlendirilmesi amacıyla çıkarıldığını söylediği *Act of Navigation*'un asıl olarak askeri amaçlarla, İngiltere'nin deniz egemenliğini pekiştirmeyi hedefleyen bir saikle yapıldığını savunan görüşler de vardır[105]. Ancak her iki iddianın da birbirini tamamladığı, keza deniz ticareti ile denizlerdeki askeri hâkimiyetin aslında iç içe geçen iki unsur olduğu ve her ikisinin de sağlanabilmesi için yine hukukun bir araç olarak kullanıldığı belirtilebilir. Tekeller, *Cromwell*'in iktidarı ele geçirmesinin ardından büyük oranda kaldırılmışsa da[106] korumacı politikalar sadece cumhuriyet döneminde değil restorasyon sürecinde de devam etmiştir. *Navigation Act*'te de bu kapsamda, İngiliz deniz ticaretinin ve İngiltere'nin denizler üzerindeki hâkimiyetinin korunabilmesi amacıyla 1660, 1663, 1673 ve 1696 yıllarında muhtelif değişiklikler yapılmıştır[107]. Tüm bu hukuki düzenlemeler İngiliz ticaret burjuvazisinin hukuk aracılığıyla kendilerine sağlanan korumacı politikalardan yararlanarak güçlenebilmesini ve ticarete dayanan kapitalizmin gelişebilmesini mümkün kılmıştır.

Hukukun ekonomi politik analizi çerçevesinde düşünüldüğünde söz konusu düzenlemeler, iktidar tarafından hukuk aracılığıyla üretim ilişkilerine doğrudan nasıl müdahalede bulunulabildiğinin ve böylece üretim faaliyetlerinin dönüştürülebildiğinin önemli birer göstergesini oluşturmaktadırlar. Kapitalist üretim tarzıyla uyumlu bu düzenlemeler aynı zamanda feodalizm-

---

Smith'in de belirttiği üzere *"Denizcilik yasası ile İngiltere kendisine kolonileri ile olan ticaretinde tekel hakkı tanıdığında, o güne değin oralarda istihdam edile gelen yabancı sermaye çekilmek zorunda kaldı. Önceleri bu işin bir bölümünü yürüten İngiliz sermayesi artık işin tümünü üstlenmişti. Daha önceden kolonilere Avrupa'dan gereksindikleri malın bir kısmını sağlayan sermaye şimdi tümünü sağlamak üzere istihdam ediliyordu. Ama tümünü sağlamaya yetmiyordu, sağladığı mallar ise zorunlu olarak çok pahalıya satılıyordu. Eskiden kolonilerin artık ürününün sadece bir bölümünü satın alan sermaye, şimdi tümünü satın almakta istihdam ediliyordu. Ama tümünü eski fiyattan satın alamadığı için, bu yüzden zorunlu olarak olması gerekenden daha ucuza satın alıyordu. Oysa tüccarın sermayesini çok pahalıya satıp çok ucuza satın almakta istihdam ettiği bir alanda, kâr da çok büyük, herhangi başka bir işkolunun normal kâr düzeyinden hayli yüksek oluyordu. Kolonilerle olan ticaretteki bu kâr üstünlüğü, diğer işkollarında istihdam edilen sermayenin bir bölümünü çekmekten de geri durmadı. Ancak bu sermaye kayması adım adım koloni ticaretindeki sermayeler arasındaki rekabeti artırdıkça diğer tüm branşlardaki rekabeti de adım adım azaltmış olmalı*[ydı]". SMITH, s. 180 - 181.

[105] FARNELL J. E., "The Navigation Act of 1651, the First Dutch War, and the London Merchant Community", **The Economic History Review**, S. 16-3, 1964, s. 439 - 440.

[106] HILL, 2016, s. 186. İngiliz tacirleri deniz ticaretinde diğer ülkelerin tacirleri karşısında korumayı amaçlayan 1651 tarihli *Act of Navigation* krallık döneminden kalan tekelci birliklerin, dolayısıyla Kralcı tekelci burjuvazinin imtiyazlarını önemli oranda ortadan kaldırmıştır. Bu durum da ticari alanda İngiliz tacirleri arasında rekabetin ve nihayetinde kapitalizmin gelişmesinde önemli bir basamak olmuştur. DOBB, 1992, s. 157.

[107] PURVIS, s. 278.

den miras kalan hukuk kurallarının ortadan kaldırılmasını hızlandırdığı gibi feodalizmin statülere dayanan hukuki ilişkiler düzeninin yerini hızla sınıfsal karakter arz eden yeni bir hukuksal anlayışa bırakmasını sağlamıştır. Keza *Stuart* hanedanlığıyla başlayan korumacı politikalar cumhuriyet döneminde *Cromwell* tarafından, onun ardından *Stuart*lar'ın iktidarı yeniden ele geçirdikleri restorasyon sürecinde de sürdürülmüştür. 17. yüzyıl İngiltere'sinde ekonomi politik düzenin belirleyicilerinin kapitalistleşmiş aristokrasiyle büyük burjuvazi haline gelmesi, başka bir ifadeyle bu düzenin her hâlükârda kapitalist üretim tarzı ve ilişkilerince biçimlendiriliyor oluşu, ister *Stuart* ister *Cromwell* dönemi olsun, siyaseten birbirlerinin aksi istikamette konumlanmalarına rağmen bu iki hasmın hem iktisadi politikalarının hem de bu politikalarla uyumlu olan hukuk anlayışlarının nasıl benzeşebildiklerini açıklıyor olsa gerektir.

III. 17. YÜZYIL İNGİLİZ EKONOMİ POLİTİĞİNİN HUKUKİ PARADİGMASI: ANAYASAL MONARŞİ

1. *Stuart* Hanedanlığı: İç Savaş Öncesi Egemenlik Çatışmaları

İngiltere, *Stuart* hanedanlarından *I. James*'in 1603'te İskoç krallığının ardından İngiltere kralı olmasıyla beraber *Stuart* hanedanlığının yönetimi altına girmiş, fakat bu hanedan değişikliğini müteakip parlamento ile kral arasındaki geleneksel ortaklık da bozulmaya başlamıştır[108]. Bu bozulmanın sebebi *I. James*'in, *Stuart*lar'a kadar İngiltere'nin gündeminde olmayan kralın Tanrısal hakları düşüncesini ön plana çıkartarak hükümdarlığını aristokrasi ve parlamento gibi güçlere karşı da mutlak biçimde egemen kılarak kendini Tanrının yeryüzünde yaşayan bir imgesi olarak kabul ettirmek istemesi, başka bir ifadeyle iktidarını başka hiçbir erkle paylaşmadan hâkim kılmaya yönelmesidir[109]. *I. James*'dan 1688 Devrimi'ne kadar uzanan süreçte siyasal ve hukuksal düzenin nasıl olması gerektiği, kral ile parlamento ilişkilerinin niteliği, İngiliz anayasal geleneğinin ne olduğu ya da nasıl sürdürüleceği gibi pek çok konunun odak noktasını mutlak monarşi eksenindeki kralın Tanrısal hakları düşüncesi merkezli tartışmalar oluşturmuştur. Tarihsel sürecin gelişiminin daha iyi açıklanabilmesi için mutlakiyetçiliğe ilişkin bu tartışmalara kısaca değinilmesi gerekir.

---

[108] AĞAOĞULLARI Mehmet Ali / KÖKER Levent, **Kral Devlet ya da Ölümlü Tanrı**, 2. Bası, İmge, Ankara, 2000, s. 155; AĞAOĞULLARI / ÇULHA ZABCI / ERGÜN, s. 105.

[109] SABINE, s. 71; SARICA, s. 53.

Kralın Tanrısal hakları düşüncesi, hükümdarın sahip olduğu egemenlik ve iktidarın bu dünyanın ötesinde, aşkın -Tanrısal- bir kökenden geldiği ve bu nedenle söz konusu egemenliğin kendiliğinden meşru olduğu savına dayanan bir öğreti niteliği taşıyordu[110]. Bu öğretiye göre hükümdarın Tanrı tarafından devletin başına getirildiği, sahip olduğu hak ve yetkilerin Tanrı tarafından kendisine verildiği, halk karşısında sınırsız erki olduğu, iradesinin kanun gücü taşıdığı ve hukukla sınırlandırılamayacağı, halkın ilahi kökenli bu iktidara karşı gelmeyip biat etmesi gerektiği teokratik nitelikli atıflarla kuvvetlendirilip savunuluyor ve buradan hareketle mutlak monarşi meşrulaştırılmak isteniyordu[111]. Özellikle restorasyon döneminin sonlarında daha da alevlenerek siyasal gündemi tamamen kuşatan bu mutlakiyetçi savların sahipleriyle *Locke* ciddi bir polemiğe girmiştir. *Locke*'un öne sürdüğü görüşler, mutlak monarşi yanlılarının savlarının çürütülmesine yönelik çok güçlü bir teorik çerçeve sunuyor ve aynı zamanda parlamenter demokrasiye dayanan meşruti monarşinin anayasal zeminde yeniden örgütlenmesini amaçlayan liberal bir hukuki - politik söylem özelliği gösteriyordu. Bu söylem *Locke*'cu direniş hakkı pratiğiyle[112] bir arada düşünüldüğünde 1688 Devrimi'nin de temel meşruiyet gerekçelerini hazırlamış oluyordu.

Mutlak monarşi düşüncesinin ve onu savunan kralın Tanrısal hakları öğretisinin katı bir muhalifi olan *Locke*'a göre *"Toplum üzerinde, Toplumda yaşayanların kendilerinin onayı olmaksızın ve Toplumda yaşayanlardan Yetki*

---

[110] KARATANI Kojin, **Dünya Tarihinin Yapısı, Üretim Tarzlarından Mübedele Tarzlarına**, (Çev. A. Karatay), Metis, İstanbul, 2007, s. 242.

[111] OKANDAN, s. 535 - 536.

[112] *Locke*, hukuk düzeninin ve devletin sadece yurttaşların, yani yönetilenlerin rızasıyla var olabileceğini düşünmüştür. Rızanın zorunlu olarak irade kavramını içermesi dolayısıyla, kendi hukuk anlayışının temelini doğal hukuk teorisinden ciddi biçimde etkilendiği *Pufendorf*'un görüşlerinden hareketle irade teorisine dayandırmıştır. Bireyin özgür iradesinin hem hukuku yaratan hem de ona meşruluk sağlayan yegâne olgu olduğunu kabul etmiştir. Bununla birlikte *Locke*'a göre devlet ya da hükümdar, keyfi vergiler yoluyla ya da bireylerin rızası olmadan doğrudan veya dolaylı olarak onların özel mülkiyetlerine tecavüz ederse, yani insanların yönetilmeye rıza göstermelerinin temel sebebi olan mülkiyetin korunması görevini yerine getiremezse o noktada bireyler de rızalarını sürdürmeyip onu ortadan kaldırabilirler, böylece insanların kendilerini korumaları ve direnme hakları gündeme gelir ve bu meşru bir haktır. KLINE D. C., **Sovietica, Vol. 49, Domination and Wealth a Critical Analysis of Karl Marx' Theory of Commercial Law**, D. Reidel, Dordrecht, 1987, s. 54; SHAPIRO Ian, "John Locke's Democratic Theory", **Two Treatises of Government and a Letter Concerning Toleration John Locke**, (Ed. I. Shapiro), Yale University, New Haven and London, 2003, s. 311; KENNY Anthony, **Batı Felsefesinin Yeni Tarihi III. Cilt Modern Felsefe'nin Yükselişi**, (Çev. V. Uzundağ), Küre, İstanbul, 2017, s. 300; SNYDER David C., "Locke on Natural Law and Property Rights". **The Canadian Journal of Philosophy**, S. 16(4), 1986, s. 724 - 725.

almaksızın hiç kimsenin Yasalar yapmaya ilişkin bir iktidarı olama[zdı]*"*[113]. Buna karşın mutlak monarşi yanlıları, öne sürdükleri iddialarını Adem'e kadar uzanan bir babalık iktidarı üzerinden geliştirerek bu iktidarın sahip olduğu yönetim ve hükümranlık haklarının da miras yoluyla Adem'in alt soylarına ve oradan krallara geçtiğini, dolayısıyla kralların nihayetinde Tanrı'ya ait egemenlik hakkını kullandığını söylüyorlardı[114]. Babanın çocukları üzerinde sahip olduğu yetkeye atıfta bulunularak kralın da uyruklarının geniş anlamda mülkiyetleri, yani yaşam, özgürlük ve servetleri üzerindeki mutlak ve sınırsız iktidarının doğallığı meşrulaştırılmak isteniyordu[115]. Söz konusu iktidar krala uyrukların sahip olduğu her şeye ilişkin daimi bir kudret bağışlıyor, keza kralın özel mülkiyete her türlü keyfi müdahale ve tecavüzüne izin vererek iradesini yasa haline dönüştürüyor, tüm uyrukları köleleştiriyordu[116].

Locke mutlakiyetçilerin bütün bu iddialarına hiçbir gerçek temeli olmadığı için karşı çıkmıştır. *Locke*'a göre bir kişiye yönetim, aile babası olduğu ya da kendi kişisel fayda ve çıkarı için değil, kamusal yarar ve iyiliği sağlaması için verilmiştir; bu nedenle hükümranlığın ya da ona ilişkin yetkilerin -mülkiyet gibi herhangi bir özel çıkar niteliği olmadığı için- çocuklarına miras bırakılması söz konusu olamazdı[117]. Keza krallara Adem'den miras kalan herhangi bir hükümranlık hakkından da bahsedilemezdi. *Locke* açısından dünya ve onun nimetleri, doğa durumunun ilk başlangıcında tek bir kişiye değil tüm insanlara ortak olarak verilmiş[118]; benzer biçimde her insan doğa durumunda başka bir iktidarın emri altında olmadan kendi iktidarına sahip kılınmıştır.[119] Dolayısıyla, iktidar ya da iktidar üzerindeki eşit talep hakkı da tüm insanlara ortaklaşa verilmiştir. Kral da olsa kimsenin bu anlamda diğer insanlar üzerinde mutlak bir iktidar hakkından söz edilemez. Bu bağlamda *Locke*, mutlak monarşinin karşısında anayasal parlamenter sistemi ön plana çıkartmış; hukuk kurallarını yaratma yetkisini elinde tutan yasama organının nasıl kontrol edileceği ve ne tür bir yasal çerçeveye tabii olması gerektiği hususunun analizine özel önem vermiştir.

---

[113] LOCKE John, Yönetim Üzerine İkinci İnceleme, Sivil Yönetimin Gerçek Kökeni Boyutu ve Amacı Üzerine Bir Deneme, (Çev. F. Bakırcı), Ebabil, Ankara, 2012, s. 88.

[114] LOCKE John, Hükümet Üzerine Birinci İnceleme, Bay Robert Filmer ve Yandaşlarının Yanlış İlke ve Temellerinin Yıkılışı, (Çev. F. Bakırcı), İmaj, Ankara, 2016, s. 8 - 10.

[115] LOCKE, 2016, s. 10.

[116] LOCKE, 2016, s. 10.

[117] LOCKE, 2016, s. 92 - 98.

[118] LOCKE, 2012, s. 27.

[119] LOCKE, 2012, s. 83.

Locke'a göre yasama iradesinin hükümdarın iradesiyle özdeşleştirildiği ve yasama organının tek adamın kontrolünde olduğu mutlak monarşilerde, kral kendi çıkarını toplumsal çıkardan farklı ve üstün tutacağı için özünde kimsenin mülkiyeti güvence altında değildir; mülkiyet, üyelerinin hukuka bağlı olduğu çoğulcu parlamenter bir rejimde emniyettedir[120]. *Locke*'un ancak son dönemlerinde bir parçası olduğu ve *I. James* ile başlayıp 1688 Devrimi'ne kadar uzanan bu ve benzeri tartışmalar iç savaş, cumhuriyet ve restorasyon dönemleri boyunca sürdüğü gibi başta yasama iktidarı, hukuk düzeninin niteliği ve yürütmenin gücünün yasalar tarafından ne kadar sınırlandırılıp sınırlandırılamayacağı gibi hukuki - politik eksenli pek çok sorundan besleniyordu. Söz konusu tartışmalar kapitalist üretim tarzının yarattığı dönüşümün bir sonucu olarak değişen sınıfsal ilişkilerin gerilimlerinden, yani feodalizmin devamından yana çıkarı olan ve hâkim konumlarını korumak isteyen gelenekselci aristokratlar ile iktisadi iktidarlarını siyasal iktidarla taçlandırmak isteyen burjuvazi arasındaki güç mücadeleleri ekseninde biçimleniyordu. Çalışmanın sınırlarını ve araştırma konusunu fazlasıyla aştığı için ayrıca incelenmese de *Locke*'un yaklaşımı başta olmak üzere[121] bu dönemde öne sürülen eşitlikçi ya da liberal nitelikli pek çok siyasal - hukuksal kuramın ekonomik alt yapının temel öğeleriyle ilgilenen ve bir biçimde belirli sınıfsal pozisyon ve çıkarları savunan ya da eleştiren güçlü bir iktisadi perspektife sahip olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

1688 Devrimi'ne kadar süren ve genel çerçevesi yukarıdaki minvalde biçimlenen bütün bu teorik hukuki - siyasal tartışmalar, kralın Tanrısal haklara sahip olduğuna inanan ve kendisinin bu haklar dolayısıyla hem yasama organı olarak parlamentonun hem de yasaları uygulamakla yükümlü yargı mercilerinin üzerinde bir gücü ve konumu elinde bulundurduğunu düşünen *I. James*'ın yönetimi ile başlamıştır. Hatta *I. James*'in parlamento ile anlaşmazlığa düşmeden önce ilk çatışmayı kralın sahip olduğu ayrıcalıklar konusunda ortak hukuk mahkemeleriyle ve dönemin başyargıcı *Sir Edward Cook* ile yaşamıştır[122]. Adaletin kaynağı olarak kendisini gören *I. James* yargıçların kendi vekilleri olduğunu söylemiş, kralın ayrıcalıklarına zarar veren konularda yargıçlar

---

[120] LOCKE, 2012, s. 91 - 92.

[121] *Marx*'a göre *Locke*'dan *Ricardo*'ya kadar genel hukuki anlayış küçük burjuva mülkiyeti olduğu halde gerçekte tanımladıkları üretim ilişkileri kapitalist üretim tarzına aittir. MARX Karl, **Marx & Engels Collected Works, Vol. 34, Marx 1861-64**, (Çev. B. Fowkes), Lawrence & Wishart, Londra, 2010, s. 471.

[122] SABINE, s. 129.

tarafından kendi emirlerinin uygulanması gerektiğini iddia etmiş, keza yargıçların kararlarını bozmak ve gerektiğinde mahkemelerdeki davaları yargıçların elinden alarak kendi kurduğu özel komisyonlarda karara bağlamak istemiştir[123]. Buna karşın *Cook* İngiltere'nin yasaları, uyrukların yaşamı, mirası ve servetlerini ilgilendiren konularda hukuk yargısıyla karar verilmesi gerektiğini belirtmiş; kralın hiçbir davayı mahkemelerden alarak kendi başına karar veremeyeceğini ifade etmiş ve kralın önce Tanrı'ya ama hemen sonra hukuka bağlı olması gerektiğini vurgulayarak ortak hukukun üstünlüğünü ön plana çıkarmıştır[124]. *Cook*'un bu görüşleri, *I. James*'ın mutlakiyetçi arzularıyla açık bir çatışma yaratmıştır. Fakat sadece yargıyla değil parlamentoyla da anlaşmazlık içinde bulunan *I. James*, parlamentonun elindeki her türlü ayrıcalığın kendisi tarafından parlamentoya verilmiş bir lütuf olarak gördüğü için, politikalarına muhalefet eden parlamentoyu da 1614'ten 1621 kadar yılına kapalı tutarak sahip olduğu otoritenin üstünlüğünü kamusal alanda göstermek istemiştir[125]. Tüm bu tutumlar 1688'e kadar sürecek kral ile başta parlamento olmak üzere farklı iktidar odaklarının çatışmasının da başlangıcını oluşturmuştur. Bu süreçte feodal güçler ya da feodal ilişkilerden çıkar sağlayanlar ağırlıklı olarak kralın mutlakiyetçi arzularını desteklerken veya en azından onlara ses çıkarmazken, burjuvazi ile kapitalistleşmiş aristokratik unsurlar parlamento ile kralın güçlerinin daha dengeli olduğu bir hukuki siyasal düzeni savunarak mutlakiyetçi devlet anlayışı ile onun uygulamalarına muhalefet etmişlerdir.

Tanrısal hak düşüncesi, *I. James*'in halefi *I. Charles*'ın tahta geçmesiyle daha radikal bir biçimde uygulanmış; bu doğrultuda *I. Charles* 1629'dan başlayarak 11 yıl boyunca parlamentoyu toplamadığı gibi parlamento onayı olmadan kendisi yasa koyucu gibi davranarak askeri amaçlı vergiler koymuş; adalet işlerini tamamen kendi tekeline alarak yargısal süreçleri gizli ve keyfi kararlarla yürütmek istemiş ve tüm bunların sonucu olarak -aristokrasi topyekûn kral karşıtı bir tutum almamış olsa da- büyük toprak sahibi aristokratların bir kısmıyla burjuvazi daha bütünleşik bir ittifakla mutlak monarşiye yönelen Kral'a karşı birleşmiştir[126]. 1639 ve

---

[123] SABINE, s. 130.

[124] SABINE, s. 130 - 131; JENKINS, s. 143.

[125] JENKINS, s. 142 - 143.

[126] LIPSON, s. 290; AĞAOĞULLARI / KÖKER, s. 157; WOOD, 2012, s. 247 - 249. *Stuart*lar'ın burjuvazi ve kapitalistleşen soylular karşısında geleneksel üretim tarzını savunan feodal aristokrasinin sözcüsü olduklarını belirtmek gerekir. Feodal aristokrasi ile onlara bağımlı konumda olan küçük üreticiler mülklerini gelişen kapitalist tarım koşullarına göre yeniden örgütlemeyi başaramadıkları için yoksullaşmış ve bu durum onların krala daha da bağımlı hale gele-

1640'da Kral'a yönelik tepkiler nedeniyle pek çok burjuva vergi ödemeyerek Kral'ı protesto etmiş[127], yine 1639'da Kral'ın İskoçya üzerinde Kilise aracılığıyla denetim kurmaya çalışması öfke uyandırmış ve İskoç ordusu İngiltere'ye saldırmıştır[128]. *I. Charles*, tüm bu siyasal, ekonomik ve askeri sıkıntılar nedeniyle kapalı kaldığı 11 yıllık dönemin ardından bilhassa vergi toplayabilmek için büyük toprak sahipleri ve burjuvaziyle uzlaşıyı tercih ederek 1640'ta Kısa Parlamento'yu *(Short Parliament)* toplantıya çağırmış, kendisine açıkça muhalefet eden bu parlamentoyu 18 gün sonra feshetmesine rağmen ekonomik darboğaz dolayısıyla aynı yıl içinde tekrar toplantıya çağırarak 1653 yılında *Cromwell* tarafından feshedilinceye kadar çalışmasını sürdürecek Uzun Parlamento'yu *(Long Parliament)* oluşturmak mecburiyetinde kalmıştır[129]. Kısa süre içinde ikinci bir güç odağı haline gelip *I. Charles*'la rekabet etmeye başlayan Uzun Parlamento öncelikle Kral'ın iki bakanını idam ettirip diğerlerinin yurtdışına kaçmalarına neden olmuş, daha sonra bir dizi yasal düzenleme çıkararak kendi onayı olmadan vergi konulmasını yasaklamış, Kral'a bağlı çeşitli komisyon ve konseyleri lağvetmiş, sansürü tümden kaldırarak önceki dönemlerde yasaklanabilecek içeriği haiz siyasi ve dini konuları ele alan pek çok dergi, gazete, kitap ve broşürün basılmasına veya yayın hayatına başlamasına imkân sağlayacak bir özgürlük ortamı yaratmıştır[130].

Tüm bu hukuksal düzenlemeler ile kamusal alanda büyük bir dönüşüm yaşandığı ve yoğun bir kamusal müzakere ortamının doğduğundan bahsedilebilir. Bununla birlikte iç savaşa uzanan bu süreçte *Stuart* hanedanlık geleneğinin temellerini atan *I. James*'in ve ardından tahta geçen *I. Charles*'ın yaklaşımı, İngiliz siyaset ve hukuk sisteminde sürmekte olan ve iktidar ile egemenliğin belli biçimlerde parlamento ile kral arasında paylaştırılmasına dayanan karma anayasa geleneğini mutlakiyetçi bir yapıya; ekonomik hayatı

---

rek onun en büyük destekçisi olmalarına yol açmıştır. KAYMAK, s. 172. Geleneksel yapının sürmesini isteyen bu aristokrasi sınıfı ile ona bağımlı konumda bulunan kişiler iç savaş sürecinde kralın askeri gücünün de en önemli insan kaynağını teşkil etmişlerdir.

127 Sabine'e göre "I. Charles'ın kişisel yönetim teşebbüsü karşısında gösterilen direnme, kral mutlakçılığına duyulan nefretten doğmuştu. Kral mutlakçılığı, parlamentonun onayı olmaksızın vergi konulması ve uyrukların yasal süreçten geçmeden tutuklanmasında kendini gösteriyordu". SABINE, s. 132 - 133.

128 HILL, 1983, s. 57.

129 AĞAOĞULLARI / KÖKER, s. 157; HILL, 1983, s. 78.

130 HILL, 2015, s. 160; HILL, 2016, s. 220; MOSCA, s. 142 - 143; WEISNER-HANKS Merry E., **Erken Modern Dönemde Avrupa 1450 - 1789**, (Çev. H. Çalışkan), Türkiye İş Bankası, İstanbul, 2009, s. 460.

ise serbest piyasa kurallarını etkisizleştirmek suretiyle devlet hazinesi yararına işleyen bir düzene dönüştürmek üzerine kurulmuştur[131]. Karma anayasacılığın bir sonucu olarak görülebilecek "hükümdar parlamentoda" (*crown in parliament*) düsturu, başka kralların ülkelerini Tanrısal hakka dayanarak yönettikleri ve dünyevi hiçbir otoriteye karşı hesap vermedikleri gibi gerekçelerle reddedilmiş; İngiliz burjuvazi ve aristokrasisinin benimsediği anlayışa ters düşecek biçimde mutlak monarşiye dayanan yönetim şekli ön plana çıkartılmıştır[132]. Oysa İngiltere'nin politik ve hukuksal tarihinde "karma anayasacılık" ve "hükümdar parlamentoda" düsturları birbirinden ayrılmaz iki olgu olarak var olagelmişlerdir. Kökeni antik dönemlere kadar uzanan karma anayasacılık düşüncesi, İngiliz tarihinde egemenliğin kral, aristokratlar ve diğer büyük mülk sahibi sınıflar arasında uzlaşmaya dayanan bir paylaşımını öngörmüş ve bu paylaşım "hükümdar parlamentoda" ifadesiyle somutlaştırılmış; bununla birlikte tarihsel süreçte tarafların bu paylaşımdan aldıkları hisse, ekonomi politik güçlerine ve bulundukları konumlarına göre de farklılaşmıştır[133]. Başka bir ifadeyle İngiliz geleneğinde siyasal egemenlik *Bodin*'in çerçevesini çizdiği Kıta Avrupası tipinin ya da *Hobbes*'un *Leviathan*'da arzuladığının aksine mutlakiyetçi devlet anlayışından son derece uzak, devletin farklı güç odaklarınca ortaklaşa kontrolünü öngörmüş ve bunu "hükümdar parlamentoda" düsturuyla tanımlamıştır[134]. Bu siyasal yapı ortaklık niteliği itibariyle parçalanmış bir görünümdeyse de aslında dönemin Kıta Avrupası örneklerinden çok daha ileri bir egemenlik anlayışını ifade etmiştir. Keza hukuk sistemleri kıyaslandığında da İngiliz hukuk sistemi çok daha bütünleşik ve merkeziyetçi bir niteliği haizdir[135]. "Hükümdar parlamentoda" ilkesi *Stuart* monarşisine kadarki uygulamada, Lordlar ve Avam Kamarası olmak üzere iki meclisten müteşekkil parlamento iradesinin kralın otoritesinden üstün olduğu anlamına gelmiştir[136]. Kral ile parlamento arasındaki gerilimin temel sebebi tam da bu üstünlüğün tersine çevrilerek mutlakiyetçi monarşinin hâkim kılınmak istenmesinden kaynaklanmıştır. Fakat o dönemde kralın güç ve egemenliğinin mutlakiyetçi çerçevede gerçekleşmesi

---

131 WOOD, 2012, s. 251. BEER Max, **Sosyalizm ve Sosyal Mücadelelerin Genel Tarihi**, (Çev. G. Üstün), 3. Bası, Can, İstanbul, 1989, s. 351.

132 WOOD, 2012, s. 251 - 252.

133 AĞAOĞULLARI / ÇULHA ZABCI / ERGÜN, s. 104 - 105.

134 WOOD, 2012, s. 246.

135 AĞAOĞULLARI / ÇULHA ZABCI / ERGÜN, s. 103; WOOD, 2012, s. 246 - 247.

136 AĞAOĞULLARI / ÇULHA ZABCI / ERGÜN, s. 104.

gerektiğini savunan *Hobbes* gibi[137] birkaç istisnai düşünürün dışında İngiliz entelektüel çevrelerinde genel kabul gören anlayışın, gücün paylaşılması ve kralın mutlak bir iktidara sahip olmaması gerektiği yönünde olduğu da belirtilmelidir[138].

Buna karşın aristokratların egemenlik kavramıyla ilgili tartışmalara *Stuart* hanedanlığının izlediği mutlakiyetçi politikalara rağmen dahil olma temayülünde olmadıklarını belirtmek gerekir. Örneğin 1628'de İngiliz anayasacılığının dönüm noktalarından biri olan *Petition of Rights*'ın (Haklar Dilekçesi) kabul edilmesi sürecinde bu kaçınma yaklaşımının benimsenmesi dikkat çekicidir. *I. Charles*, sıkı biçimde kralın Tanrısal hakları düşüncesini benimsemiş olsa da Fransa'ya karşı yürüttüğü savaşta ihtiyaç duyduğu ödeneği alabilmek için parlamento tarafından çıkarılan, kralın parlamentonun onayı olmadan hiçbir vergi ve resim koyamayacağına, kimsenin parlamentodan geçmeyen bir vergiyi ödemek için zorlanıp kovuşturulamayacağına, kimseye olağanüstü yargılama usullerinin tatbik edilemeyeceğine, kimsenin doğal yargıcından mahrum bırakılamayacağına ve son olarak kralın, askerlerini hiçbir biçimde özel kişilerin evlerinde oturtamayacağına, yani parlamentonun onayı olmadıkça daimi bir ordu kuramayacağına ilişkin düzenlemeler barındıran *Petition of Rights* belgesini onaylamak zorunda kalmıştır[139]. Bu belge her ne kadar hukuki anlamda kişilere çok büyük ve önemli güvenceler sağlıyorsa da egemenliğe ilişkin bir metin olmayıp aksine haklar ve özgürlükler konusunda *I. Charles*'ın dönemin şartları nedeniyle onaylamak zorunda kaldığı bir açıklama niteliği taşımaktaydı[140]. Hatta Avam Kamarası

---

[137] Mutlak monarşiyi kralın Tanrısal haklarını savunan teolojik yaklaşımların aksine tam olarak seküler bir tahayyülden hareketle kurgulayan *Hobbes*'a göre, insanları başkalarının saldırısından veya birbirlerine verebilecekleri zararlardan koruyabilecek, insanların kendi emekleriyle kendilerine yetebilecekleri ve mutluluk içinde yaşayabilecekleri düzeni sağlayacak bir iktidarı kurmanın tek yolu, bütün kudret ve güçleri tek bir kişiye veya herkesin iradesini oyların çokluğu ile tek bir iradeye indirgeyebilecek bir heyete devretmektir. Birey bu devrin sonucunda kendi iradesini o kişinin ya da heyetin iradesine, muhakemesini de onun muhakemesine tâbi kılar. HOBBES Thomas, **Leviathan veya Bir Din ve Dünya Devletinin İçeriği, Biçimi ve Kudreti**, (Çev. S. Lin), Yapı Kredi, İstanbul, 2001, s. 129 - 130. *Sabine*'e göre *Hobbes*'un siyaset felsefesinin amacı, olayların akışını Kralcılar'ın lehine olacak biçimde etkilemekti. Bununla birlikte *Hobbes*'çu siyasal düşünce, içinde bulunulan dönemden ziyade gelecekteki liberalizm anlayışlarına daha köklü bir biçimde etki etmiştir. SABINE, s. 159.

[138] WOOD, 2012, s. 252.

[139] MOSCA, s. 140 - 142; PLUCKNETT, s. 53; MERRIMAN, s. 249; The Petition of Rights, http://www.legislation.gov.uk//aep/Cha1/3/1/contents, (Erişim Tarihi: 22.01.2020).

[140] WOOD, 2012, s. 253; OKANDAN, s. 253. Keza *I. Charles*, *Petition of Rights* belgesini onaylamışsa da kısa bir süre içinde parlamentoyu feshederek 1640'a kadar sürecek olan mutlakiyetçi iktidarını başlatmıştır. MOSCA, s. 142.

Lordlar Kamarası'na gönderdiğinde metne, *"kral vasıtasıyla güvenceye alınan egemen gücün bütününü koruma"*ya ilişkin bir düzenlemenin eklenmesi önerisi getirmiş ancak bu öneri pek çok sıradan insanın egemen gücün ne olduğu, genişliği ya da sınırları gibi hususları tartışmaya başlamasına yol açacağı gerekçesiyle Lordlar Kamarası'nca reddedilmiştir[141]. İngiliz aristokrasisi açısından söz konusu maddenin eklenmesi talebinin reddedilmesinin temel nedeni, sıradan insanların egemenlik ya da egemen gücün kaynağı gibi hukuki konular üzerine fazla düşünmesinin tehlikeli olduğuna ve egemenlik kavramıyla ilgili mümkün oldukça az konuşulması gerektiğine ilişkin kabulleriydi[142]. Pek çok aristokrat için halen *Stuart* hanedanlığı öncesi aristokrasi - kral işbirliğine dayanan parlamenter gelenek ile karma anayasacılığa dayanan hukuk düzeni sürdürülebilir ve istikrarlı bir siyasal yönetimin imkânını sağlayabilirdi. Egemenlik, parlamento ve hukuk düzeni hakkındaki tartışmalar bu anlamda başta yükselen burjuva sınıfı ile halkın geri kalan geniş kitlelerinin yönetim ve iktidar gibi konularda daha fazla istek ve talepte bulunmasına yol açabilir ve bu da geleneksel iktidar yapılarının değişmesi sonucunu doğurabilirdi. Başka bir ifadeyle bu süreç aristokratların hem siyasal hem ekonomik alanda etkinliğinin azalmasıyla neticelenebilirdi.

Cromwell'i destekleyen ve Parlamentocular'ın sağ kanadını teşkil eden ilerici İngiliz aristokrasinin bir kısmı monarşiden şikâyet etmesine karşın, devleti kralla ortaklaşa yönetme ve iktidarı paylaşma açısından hâlâ umutluydular; krallıkla tüm bağların koparılmasını arzulamıyorlar; bu nedenle egemenlik olgusunu, onun kullanılışı ve içeriği gibi konuların ayrıntılı biçimde belirlenmesi ve hukuksal düzenlemelere konu edilmesi hususlarını açıklığa kavuşturmak istemiyorlardı[143]. Egemenlik konusunu tartışmama eğiliminin sadece aristokratlarla sınırlı olmayıp daha geç dönemde büyük burjuvazi tarafından da benimsendiğini, hatta Eşitleyiciler (*Levellers*) gibi küçük burjuvalar dışındaki Parlamentocular / Cumhuriyetçiler'in[144] bile özel-

---

[141] WOOD, 2012, s. 253.

[142] WOOD, 2012, s. 254. İleride *Putney* tartışmaları hususunda ele alınacağı üzere bu yaklaşımın bir benzerinin büyük burjuvazi tarafından oy hakkının niteliği konusundaki müzakerelerde savunulduğu dikkat çeker.

[143] DOBB, 1992, s. 153; WOOD, 2012, s. 254.

[144] Farklı yaklaşımlar olmakla birlikte cumhuriyetçi düşüncenin Parlamentocular grubu içinde 1640'ların sonlarına doğru ortaya çıkıp güçlendiği ve Parlamentocular karşısında ilk başta bir azınlık tarafından temsil edildiği söylenebilir. Cumhuriyetçiler kendi içlerinde farklı görüşleri savunmuşlarsa da cumhuriyetin niteliği konusunda ortaklaştıkları husus, kurulacak rejimin, hükümetlerin parlamento karşısında her hâlükârda hesap vermek zorunda olduğu bir siyasal ör-

likle halk egemenliği kavramını duymak istememeleri sebebiyle mümkün oldukça bu tartışmalardan uzak kalmayı yeğlediklerini belirtmek gerekir[145]. Siyasal iktidar ve yönetim mekanizmalarının halkın tümünün katılımına açılmasından korkan, aynı zamanda ekonomik iktidar ile çıkarlarını koruma ve geliştirme isteğinde olan aristokrasi ile büyük burjuvazinin bu konuda ortaklaşmaları bu nedenle şaşırtıcı değildir. Tarihsel süreçte Kıta Avrupası'nın feodal güçlerinden farklı olarak İngiliz aristokratlarının bir kısmının erken dönemde kapitalistleşmesi, büyük burjuvaziyle aynı ekonomi politik kaygılara sahip olmalarını ve sınıfsal çıkarlarının daha kolay uyuşmasını mümkün kılmıştır. Bu uyuşma ve ortaklaşma yeni bir hâkim sınıf anlayışı yarattığı gibi her iki sınıfın benzer hukuki idealler peşinde koşarak birbirlerinin çıkarlarına paralel bir siyasal düzeni ve onun hukuki yapısını talep etmelerinde de kendini açık biçimde göstermiştir. Söz konusu anlayış, aşağıda ele alınacak *Putney* tartışmalarında ön plana çıkan mülkiyet hakkı ile seçme ve seçilme hakları arasında doğrudan bağlantı kurmak isteyen ve bu hakları doğal hukuk ekseninde yeniden yapılandırıp anlamlandırmaya çalışan küçük burjuvazinin hukuki - siyasi taleplerine karşı hâkim iki sınıfın birbirlerine yakın düşünceler öne sürerek birlikte hareket edebilmelerini ve doğal hukuka karşı ısrarla kadim ortak hukuku savunmaları sonucunu doğurmuştur. Gerçekten yönetsel mekanizmalara halkın katılımının artmasına

---

gütlenmeye tekabül etmesi gerektiğidir. Çalışmada, özellikle iç savaş sürecinin ele alındığı kısımlarda Parlamentocular / Cumhuriyetçiler ifadesinin kullanılmasının sebebi İngiltere'nin bu tarihsel gerçekliğinden kaynaklanmaktadır. Gerçekten de Krala karşı savaşan Parlamentocular'ın tamamının cumhuriyetçi ideallere bağlı olmadığını belirtmek gerekir. Cumhuriyetçiler bu anlamda Parlamentocular'dan talepleri ve savları ile farklılaşmışlardır. Bu noktada özellikle *Cromwell*'in ordusu içindeki Eşitleyiciler ileri sürdükleri görüşlerle ön plana çıkmaktadır. *Sabine*'e göre Eşitleyiciler, krala karşı parlamentoyu geleneksel özgürlüğün sembolü ve halkın temsilcisi olarak kabul etme hususunda uzlaşma halindeydiler. Buna karşın hareketin içinde hâkim konumda bulunmasalar da radikal bazı Eşitleyiciler erken dönemde bile açık biçimde cumhuriyetçi ideallere bağlıydılar ve İngiliz monarşisini "tüm baskıların kökeni" olarak görmekteydiler. AĞAOĞULLARI / ÇULHA ZABCI / ERGÜN, s. 121; SABINE, s. 169.

145 WOOD, 2012, s. 257. Gerek aristokrasinin gerek burjuvazinin özellikle egemenlik olgusuna ilişkin teorik tartışmalardan kaçınmak istemesi sadece bu döneme özgü değildir. 1688 Devrimi'nden sonra kurulan ekonomi politik düzende dahi egemenliğe ilişkin tartışmaların yapılması arzulanmamıştır. Bunun temel sebebinin, İngiliz anayasal monarşi geleneğinin hiçbir zaman halk egemenliği düşüncesi üzerine kurulmamasından ve mevcut mülk sahibi sınıfların çıkarlarını koruyabilmek için temsilcilerinin büyük oranda burjuvazi tarafından belirlendiği bir parlamenter egemenlik anlayışından kaynaklandığını söylemek yanlış olmayacaktır. SARICA, s. 68. Kuşkusuz halkın egemenliğinden ziyade büyük mülk sahiplerinin temsiliyetine dayanan parlamento egemenliğinin temel siyasal belirleyen olduğu bir sistemde, egemenliğe ilişkin tartışmalar da sürekli biçimde ötelenmek ve kamuoyunun gündeminden uzak tutulmak istenmiştir. Bu durumun İngiliz siyasal sisteminde ve parlamenter geleneğinde 19. ve hatta 20. yüzyıla kadar sürdüğünden söz edilebilir.

yönelik duyulan bu kaygı, egemenliğin kamusal ortamda tartışılması halinde, oluşabilecek geniş tabanlı bir halk hareketini müteakip halk egemenliğine ilişkin taleplerin yeni haklar bildirgeleri aracılığıyla hukuk düzenince tanınması ihtimalinden kaynaklanıyordu. Geniş kitlelerin siyasal özneler olarak tanınması anlamına gelen bu risk dolayısıyla, egemenliğe ilişkin tüm tartışmaların -özünde hukuksal düzenlemelere konu edilmemesi için-, görmezden gelinmesi yönünde bir ortak davranış kendiliğinden ortaya çıkıp egemen güçlerce benimsenmiştir.

2. İç Savaş ve *Putney* Tartışmaları: Oy ve Mülkiyet Hakkı Ekseninde Doğal Hukukun Yeniden Anlamlandırılması Uğraşısı

1640'lardan 1688 Devrimi'ne ve onun anayasal belgesi olarak 1689 tarihli *Bill of Rights*'a (Haklar Bildirgesi) kadar geçen iç savaş, cumhuriyet ve restorasyon dönemlerinde ülke içinde büyük karışıklıklar yaşanmış ve sisteme ilişkin radikal tartışmalar yapılmıştır. Çalışmanın sınırları nedeniyle bu tarihsel kesitteki tüm olay ve gelişmelerin, ayrıca siyasi tartışma süreçlerinin ayrıntılı bir biçimde ele alınıp analiz edilebilmesi mümkün değildir. Ancak iç savaş sürecinin bazı dönüm noktalarının, örneğin 1647 yılında oy hakkı ekseninde mülkiyet hakkının ve dolaylı biçimde egemenlik meselelerinin ele alındığı *Putney* tartışmaları ile 1648'de *Cromwell*'in Kral *I. Charles*'ı idam ettirmesi ve 1660'a kadar sürecek cumhuriyet rejimini oluşturması gibi İngiliz siyasal - hukuksal düşüncesinin biçimlenmesini ve burjuvazinin siyasal alandaki konumunu önemli ölçüde etkileyen birtakım olayların ve yarattığı sonuçların irdelenmesi gerekmektedir.

1640 yılında Uzun Parlamento'nun toplanmasıyla birlikte Kralcılar ve Parlamentocular adıyla anılacak iki grup arasındaki mücadele bilhassa Avam Kamarası'nda daha yoğun biçimde görünür olmaya başlamıştır. Bu süreçte Parlamentocular İngiltere'nin sanayi alanında gelişmiş, tarımsal üretimde kapitalistleşmiş ve ekonomik açıdan zengin güneyi ile doğusundan, Kralcılar ise liman ve bazı gelişmiş kentleri dışında kuzey ve batının ekonomik açıdan geri ve feodal yapıların güçlerini koruduğu bölgelerinden gelmiş; Avam Kamarası'nın bütününe şamil olmasa da genel olarak burjuvazi parlamentocu, buna karşın pek çok büyük toprak sahibi aristokrat ve onların kiracıları ile köylüler ise kralcı bir tutumu benimsemiştir[146]. İç sava-

[146] DOBB, 1992, s. 154; HILL, 2016, s. 157 - 158; HILL Christopher, **Dünya Altüst Oldu - İngiliz Devrimi'nde Radikal Düşünceler**, (Çev. U. Kocabaşoğlu), İletişim, İstanbul, 2013, s 83. Avam Kamarası'ndaki tartışmaların temel nedeninin mezhepsel farklılıklardan beslenen

şın kıvılcımını ateşleyen olaylar da büyük oranda bu sınıfların çıkarlarının çatışmasından kaynaklanmıştır.

Ekonomik alt yapı temelli bu çatışmaların siyasal egemenliğin niteliği ve gücü, erklerin paylaşımı veya farklı mezhep ya da dini cemaatlerin kendi aralarında yine kökeninde sınıfsal bir nitelik arz eden karşıtlıkları gibi muhtelif uzlaşmazlık konularının harmanlandığı geniş bir toplumsal ilişkiler ağından beslenmesi dikkat çekicidir. Siyasi katılım, egemenlik ve mülkiyet hakkının niteliği gibi konular 1647 tarihli *Putney* tartışmalarında Parlamentocular ile Cumhuriyetçiler'i bile kendi aralarında görüş ayrılıklarına düşürecek bir niteliği haizdi. Bu durum doğal olarak Kralcılar ile Parlamentocular arasındaki uzlaşmazlıklarda çok daha keskin biçimde gün yüzüne çıkıyordu.

Birçok tarihçi açısından dinsel alandaki farklı mezhepsel tartışmalar da[147] iç savaş sürecinin önemli ayrılıklarından biriydi. Fakat Püriten devrimi

---

dinsel çatışmalar ile ideolojik farklılıklardan kaynaklandığını öne süren görüşler bulunmakla beraber, bu görüşler pek çok eksiklik barındırmaktadır. İç savaşın ortaya çıkışında tarihsel ve dinsel faktörler etkili olmakla beraber özünde ekonomi - politik olguların zorlamasının çok daha baskın bir rol oynadığını söylemek gerekir. Aynı şekilde Avam Kamarası'nın keskin biçimde sadece iki zıt kutba bölünmediği, Kralcılar ve Parlamentocular'ın yanı sıra pek çok üyenin tarafsız bir görüntü çizmeye çalıştığı belirtilmelidir. Gerçekten üyelerin birçoğunun kendi iktisadi çıkarlarını ve mülkiyetlerini koruma eğiliminde olmaları dikkat çekicidir. Örneğin krala muhalefet etmiş, fakat iç savaşın başlamasını müteakip mülkleri kralın ordularının kontrolündeki bölgelerde kaldığı için Kralcılar'ın safında savaşan 100 kadar üyenin tavrını belirleyen temel faktörün mülkiyetlerini koruma güdüsü ve onunla bağlantılı iktisadi çıkarlar olduğu aşikârdır. HILL, 2016, s. 157.

147 Dini ayrılıkları iç savaşın sebebi olarak gören ve iç savaş sürecinde yaşanan pek çok olayın da bu ayrılıklardan kaynaklandığını ileri süren tarihçiler vardır. Çalışma söz konusu perspektifi benimsememiş olsa da ilgili tarihsel yaklaşımların argümanları, konunun daha anlaşılabilir biçimde ortaya konabilmesi için ana hatlarıyla irdelenmelidir. Bu yaklaşımlara göre iç savaşın patlak vermesinin ve dinsel konulardaki pek çok çatışmanın nedeni egemen güce Anglikanlar'ın mı yoksa Püritenler'in mi sahip olacağı konusundaki anlaşmazlıktır. Çatışmanın taraflarına bakıldığında Kralcılar'ın Anglikan, Parlamentocu / Cumhuriyetçiler'in ise çoğunlukla Püriten oldukları görülmektedir. Çatışmaya dinsel görünüm kazandıran diğer bir husus, her iki tarafın da kendi doğruluk ve meşruiyetlerini gösterebilmek için sıklıkla dine atıf yapmalarıdır. Kralcılar'ın Anglikan Kilisesi'ni ön plana çıkarmalarının temel sebebi tüm İngiltere'de güçlü bir örgütlenmeye sahip kilisenin ideolojik bir aygıt olarak propaganda gücünden yararlanarak mevcut düzenin savunulmasını sağlayabilmektir. Keza aynı nedenlerle krala karşı mücadele verenler de dini kullanmakta ve böylece siyasal alan, dini referans bolluğu içinde teolojik söylemlerin birbiriyle rekabet halinde egemenlik yarışına girdikleri bir görünüm kazanmaktadır. Aslında çatışmanın tüm tarafları içinde bulundukları sınıfsal konumun, kendi ihtiyaç ve çıkarlarının gereklilikleri doğrultusunda dinsel görüş ve ideolojilerini yaratıp yorumlamış, onların propagandasını yaparak yaymaya çalışmış, böylece taraftarlarını artırmaya ve harekete geçirmeye yönelmişlerdir. Bu süreçte mezhepsel farklılıklar keskinleşip teolojik ayrılıklar belirginleşmişse de iç savaş sürecindeki kamplaşmanın özünde, sınıf ilişkilerinin önce-

olarak da nitelendirilen *Cromwell*'in cumhuriyet rejimine giden süreçteki mücadeleler *Hill*'in de belirttiği üzere sadece siyasi ya da dinsel değil esasen iktisadi yapıdaki temel çelişkilerden kaynaklanmaktaydı[148]. Başta güney ve

lik taşıdığını, dinin kitlesel coşkuyu tahrik eden ikincil nitelikte, esasen ideolojik bir araç işlevi gördüğünü söylemek yanlış olmayacaktır. Örneğin Püritenler kendi içlerinde muhafazakâr parlamento yanlısı Presbiteryenler ve dinsel hoşgörüyü savunan Bağımsızlar olarak, temelde sınıfsal farklılığa dayanan ikili bir bölünme göstermişlerdir. Bu bölünmeden kaynaklı görüş ayrılıkları *Putney* tartışmalarında açık biçimde gün yüzüne çıkmıştır. Büyük toprak sahipleri ile burjuvazinin içinde yer aldığı Presbiteryenler gücün kraldan parlamentoya geçmesi gerektiğini savunmakla yetinirlerken, Bağımsızlar demokratik siyasal eşitlik taleplerini ön plana çıkarmışlardır. Küçük burjuvazi ve köylülüğü temsil eden Bağımsızlar çok daha zengin bir siyasal görüş yelpazesine sahip olup kendi içlerinde Cumhuriyetçiler, Eşitleyiciler ve diğer radikal unsurları barındırmışlardır. Bu noktada oy hakkının genişletilmesi gerektiğini savunan, hukuki eşitliği ön plana çıkaran ve mülkiyeti doğal bir hak olarak gören Eşitleyiciler'in, Bağımsızlar içinde özel ve dikkat çekici bir konuma sahip olduklarını, fakat Bağımsızlar içinde çoğunluğun yine de Eşitleyiciler'de olmadığını bir ara parantezle belirtmek gerekir. Buna karşın Eşitleyiciler'in özellikle ordu içindeki konumları ve krala karşı etkili muhalefetleri nedeniyle kolayca kitleselleşebilmeleri ihtimali Presbiteryenler'in mevcut durumdan ciddi şekilde rahatsızlık duymalarına yol açmıştır. Keza Presbiteryenler'in Eşitleyiciler dâhil bu radikal unsurların varlığı ve talepleri dolayısıyla genel olarak Bağımsızlar'a karşı düşmanca bir duygu besledikleri de söylenebilir. HILL, 1983, s. 18 - 21; AĞAOĞULLARI / ÇULHA ZABCI / ERGÜN, s. 107 - 108; SABINE, s. 125; HILL, 2016, s. 209; DOBB, 1992, 153; PELZ, s. 58.

148 HILL, 1983, s. 21. *Hill*'e göre Püriten devrimi anlayışı esas olarak *S. R. Gardiner*'in ortaya koyduğu ve örneğin Oxford İngiltere Tarihi başta olmak üzere İngiltere'deki pek çok ders kitabında hâlâ mevcut olan, anayasal sorunların da önem taşıdığı dini bir devrim düşüncesinden hareketle inşa edilmiştir. Püriten devrim anlayışını benimseyen tarihçiler devrimin toplumsal ve ekonomik yönlerinin önemli olmadığını düşünmüşlerdir. 17. yüzyıl olaylarının bu bağlamda "Püriten bir devrim" olduğu ve devrimin sınıf çatışmalarından kaynaklanmadığı, doğrudan burjuvazinin devrimci ideolojik taleplerinden beslendiği ifade edilmiştir. Dolayısıyla iç savaş süreci de bir sınıf çatışmasından ziyade, İngilizler'in sınıf çıkarları için değil idealleri için savaştığı İngiliz geleneğinin güzel bir özelliği olarak gösterilmek istenmiştir. Bunun yanı sıra iç savaş ve devrime giden süreci, hatta bütün bir 18. yüzyılı dinsel temelli çatışmalar ekseninde değerlendiren, din olgusunun dönemin İngiltere'sinin siyasal ve toplumsal alanını belirlediğini savunan tarihçiler de vardır. *Kearney*'e göre, 1642 yılında patlak veren savaş sadece "İngiliz Devrimi" olarak nitelendirilemez; bu süreci İngiltere ile beraber İskoçya ve İrlanda meseleleriyle bir arada değerlendirmek gerekir. İngiliz İç Savaşı bu üç ülke arasında, Almanya ya da Fransa'da yaşananlara benzer biçimde, esasen bir din savaşı biçiminde gerçekleşmiştir. *Kearney*'nin bakış açısından iç savaştaki bu dinsel bölünme çok uzun dönemler boyunca hem siyasal hem toplumsal nitelikli sonuçlar doğurmaya devam etmiştir. Örneğin 18. yüzyıl İngiliz toplumundaki temel bölünme dini nedenlerden kaynaklanmakta ve kökeni aslında bir din savaşı olan İngiliz İç Savaşı'ndan beslenmektedir. *Daives*'e göre de iç savaş süreci İngiltere'de başlamamış ve İngiltere'yle sınırlı kalmamış; İskoçya, İrlanda ve İngiltere'yi de kapsayacak üç ayrı savaş biçiminde, özünde politik ve dini ilke çatışmalarından kaynaklı *Stuart* hükümdarlığıyla ilişkili gelişmelerin rengini verdiği bir minvalde gerçekleşmiştir. Katolikler ve üst düzey Anglikanlar monarşik ayrıcalıkları tehdit altında olduğu için Kral'ı, İngiliz Püritenleri ile Kalvinist İskoçyalılar mutlakiyetçiliğe önlem olarak Parlamentocular'ı desteklemişlerdir. Dolayısıyla iç savaş sürecini toplumsal gruplar, sınıf çatışmaları veya ekonomik çıkarlar ekseninde açıklayabilmek mümkün değildir. *Üşür* bu tür tarihsel yaklaşımlardaki problemin biçim ile içerik arasındaki farklılaşmayı anlayamamaktan kaynaklandığı düşüncesindedir. Ona göre İngiliz Devrimi'ni biçimsel açıdan "Püriten devrimi" olarak adlandırmak yanıltıcı olma-

doğu İngiltere olmak üzere tarımsal üretim kapitalist kurallara göre gerçekleşiyor, üretim pazara yönelik yapılıyor, hatta deniz ticareti de dâhil olmak üzere büyük bir tacir sermayesi birikimi ortaya çıkarak tarımsal kapitalizmden ticari kapitalizme doğru bir dönüşüm yaşanıyorsa da bunun siyasal ve hukuksal alanlara yansıması henüz yeterli düzeyde değildi. Tarımsal üretim ve ticari faaliyetlerin gelişiminin ekonomik yapı ile üretim ilişkileri üzerindeki köktenci ve değişimi hızlandıran etkisi, kral ile feodal gelenekleri sürdürmek isteyen kuzey ve batı bölgelerinin aristokrasisi karşısında, iktisadi anlamda zenginleşen burjuvazinin ve burjuvalaşan bazı aristokratik unsurların taleplerini daha güçlü biçimde dile getirebilmelerine imkân veriyordu. Kapitalistleşen taraflar ekonomik güçlerini siyasal hâkimiyetle pekiştirerek feodal döneme ait kısıtlayıcı hukuki düzenlemeleri ortadan kaldırmak istedikleri gibi yönetimsel mekanizmalarda daha fazla söz hakkı ve esasen de iktidar ile hukuksal mekanimaların kontrolünü elde etmeyi amaçlıyorlardı.

Hâkim üretim ilişkileri ve iktisadi yapı hızla kapitalistleştiği halde toplumun yapısı, hukuk düzeni ve siyasal kurumlar hâlâ feodaliteden izler taşıyabiliyor, serbest ticaret ve toprak mülkiyetinin kapitalist kullanıma tam anlamıyla açılmasının önündeki yasal engeller yürürlüklerini koruyordu[149]. Kralın ve krallığın geniş maiyetinin, feodaliteden beslenen farklı hiyerarşilerden aristokratların, aristokratlara bağlı köylülerin hatta feodal ilişkiler içinde sabit vergi ödemekle mükellef pek çok muhafazakâr küçük köylünün ortaklaştıkları çıkarları, mevcut feodal iktisadi düzenin devamından yanaydı; bu nedenle serbestleşme ya da liberalleşme yönündeki tüm siyasi ve hukuksal talepler şiddetle reddediliyordu[150]. Bu yönüyle başta ticaretin ve serbest piyasanın işleyişini kolaylaştırmak olmak üzere kapitalist üretim ilişkilerinin

---

yacaktır, ancak tam bu noktada devrimin içeriğine de bakmak gerekir ki; İngiliz Devrimi'nin içeriği kesinlikle burjuva bir nitelik göstermektedir. Dolayısıyla bazı burjuva - liberal tarihçilerin günümüzde yaptığı gibi sadece gözlemlenebilir ve ölçülebilir olana yönelme, yani biçimin analizi anlayışı olayları bütünsel olarak değerlendirememeye sebebiyet vererek tarihsel durumu anlamada ve yorumlamada yanıltıcı sonuçlar doğuracaktır. HILL Christopher, "Tarihçiler, İngiliz Kapitalizminin Ortaya Çıkışını Nasıl Yorumluyor?", (Çev. A. Toraman / E. Karacan), **Marksizm ve Tarih**, (Haz. A. Toraman), Kor, İstanbul, 2017, s. 64 - 65; HILL Christopher, "Marx ve Engels'in Yorumuyla İngiliz İç Savaşı", (Çev. A. Toraman / E. Karacan), **Marksizm ve Tarih**, (Haz. A. Toraman), Kor, İstanbul, 2017, s. 84; KEARNEY Hugh, **Britanya Adaları Tarihi - Dört Ulusun Tarihi: İngiltere, İskoçya, İrlanda ve Galler**, (Çev. Ö. U. Hoşafçı), İnkılâp, İstanbul, 2019, s. 167 ve 190; DAVIES Norman, **Avrupa Tarihi**, (Çev. B. Çığman / E. Topçugil / K. Emiroğlu, vd.), 2. Bası, İmge, Ankara, 2011, s. 595 - 596; ÜŞÜR, s. 161.

149 HILL, 1983, s. 31.

150 HILL, 1983, s. 31.

gelişimini sağlayacak hukuksal düzenlemeler ister kentten ister kırsaldan olsun feodal unsurların sert muhalefetiyle karşılaşıyordu.

Ayrıca *Stuart* döneminde uygulanan dış siyaset, kralın hazinesinin doldurulabilmesi için benimsenen maliye politikaları, üretim süreçlerine müdahale ve ihracata ilişkin sıkı denetim getirme yönündeki teşebbüsler burjuvazinin serbest piyasa talepleriyle örtüşmediği gibi kral ile sürekli çatışmasına ve muhalefetinin güçlenmesine neden oluyordu[151]. *I. Charles*'ın sabun, şarap, kömür ve demirin üretim ve satışı için önce kendisine tekel hakkı tanıyıp daha sonra bunları saraya yakın tacirlere devretmesi, Londra özelinde, imtiyazlarla hızla zenginleşen tekelci bir burjuvazi yaratmış, saray yanlısı bu sınıfın ekonomik ayrıcalıkları da iç savaşın ve ardından devrimin patlak vermesine yol açan süreçte mutlak monarşiye karşı kapitalist bir burjuva liberalizminin biçimlenmesinde etkili olmuştur[152]. Bu noktada iç savaşa giden süreçte tek bir egemen sınıftan ziyade farklı mülkiyet biçimleri üzerine kurulu ve birbirleri arasındaki çıkar çatışmaları nedeniyle ekonomi politik bir mücadele içinde bulunan birkaç farklı egemen sınıfın varlığından ve iç savaşın bu nedenle çıktığından, nihayetinde kapitalist sınıfın devleti ele geçirip öteki sınıflar üzerinde üstünlük kurduğundan bahsedilebilir[153]. Keza kapitalist sınıfın üstünlüğünün cumhuriyet rejiminin ardından restorasyon döneminde de büyük ve köklü bir değişikliğe uğramadan *de facto* olarak devam ettiğinden, 1688 sonrasında ise hukuksal düzenlemeler sayesinde *de jure* bir egemenliğe dönüştüğünden söz edilebilir.

İç savaşa giden süreçte önemli bir aşama, Kral'ın 1641'de İrlanda'da çıkan bir isyanı ve İskoç direnişini bastırmak için orduyu kullanmak istemesi fakat parlamentonun buna izin vermeyerek ordunun denetimini kendi tekeline almasıdır[154]. Bu durum karşısında *I. Charles*'ın sağladığı ayrıcalıklardan yararlanıp çeşitli endüstriyel sektörlerdeki üretim üzerinde münhasır yetkiye sahip olan saraya yakın konumdaki tekelci burjuvazi ile yönetici oligarşi ve tutucu aristokrasi ile eşraf, ilerici burjuvazi ve aristokrasiye doğrudan cephe alarak

---

[151] HILL, 1983, s. 51 - 52.

[152] YELISEYEVA N. V., **Yakın Çağlar Tarihi**, (Çev. Ö. İnce), 3. Bası, Yordam, İstanbul, 2014, s. 12; DOBB, 1992, s. 152.

[153] SWEEZY Paul, "Cevaba Cevap", **Feodalizmden Kapitalizme Geçiş Süreci**, (Çev. Ç. Yetkin), 2. Bası, May, İstanbul, 1974(b), s. 143 - 144. Karşıt görüş için bkz. HILL Christopher, "Yorum", **Feodalizmden Kapitalizme Geçiş Süreci**, (Çev. Ç. Yetkin), 2. Bası, May, İstanbul, 1974, s. 164 - 169.

[154] HILL, 1983, s. 58 - 59; TILLY, s. 267.

tamamen Kral'ı desteklemeye başlamış; parlamentodaki Kralcılar ve Parlamentocular ayrımı daha hasmane bir karşıtlık biçiminde gün yüzüne çıkmıştır[155]. Kralcılar ile Parlamentocular arasındaki bu siyasal karşıtlık kısa zamanda yoğunlaşıp tereddütsüz bir düşmanlığa evrilerek silahlı çatışmaya dönüşmüş ve İngiliz İç Savaşı olarak adlandırılacak dönemin fitilini ateşlemiştir.

Cromwell bu süreçte Kral'ın ordusuna karşı savaşırken geleneksel ordu örgütlenmesine dayanmayan, aristokratik kökenli komutanların tasfiye edildiği, ordu içinde yükselmede liyakatin esas alındığı, subay ve askerlerin çoğunun gönüllü olduğu ve yeni vergilerle finansmanı sağlanan Yeni Model Ordu'suyla (*New Model Army*) peş peşe askeri başarılar kazanarak muhalefetin en önemli lideri konumuna yükselmiştir[156]. Güçlü bir süvari birliğine sahip ulusal nitelikli disiplinli bir askeri güç olarak *Cromwell*'in yeni ordusu 14 Haziran 1645'de *Naseby* Savaşı'nı kazanarak çok önemli bir zafer elde etmiş, keza sonraki muhaberelerde de Kral'ın ordusunu ardı ardına yenilgiye uğratmış ve nihayetinde *I. Charles* 1646 yılının Mayıs ayında *Oxford*'daki karargâhını daha fazla elinde tutamayacağını anlayıp kaçarak İskoç ordusuna sığınmıştır[157]. Ancak İskoçlar dokuz aylık sürecin sonunda Kral'ı, ilk etapta alınacak yüz bin Pound bedel karşılığında Parlamentocular'a Şubat 1647'de teslim etmişlerdir[158]. Bununla birlikte Parlamentocular'ın nasıl hareket edilmesi gerektiği hususunda görüş birliğine sahip olmadıkları ve farklı gruplar arasında önemli düşünsel çatışma ve ayrılıkların söz konusu olduğu belirtilmelidir. Büyük burjuvazinin temsilcileriyle küçük burjuvaziyi temsil eden taraflar -özellikle özgürlükçü bir anayasal düzeni savunan Eşitleyiciler-[159] arasında *Putney* tartışmalarında doruk noktasına ulaşan görüş

---

[155] HILL, 1983, s. 59; DOBB, 1992, s. 149. *Hill*'in de vurguladığı üzere bu savaşta tutucu aristokratlar ile ilerici burjuvalar arasındaki ekonomik ve politik çıkar çatışmaları ön plandaysa da savaş sadece zenginlerin savaşı değildi. Özellikle İngiltere'nin ekonomik anlamda gelişmiş güney ve doğusunda halkın geniş kesimleri *I. Charles*'a karşı yürütülen bu savaşın bir parçası olup katkı sunmuşlardır. Parlamentocular için savaşanların pek çoğu *Cromwell*'in cumhuriyet idaresinin ilerleyen aşamalarında rejimin askeri diktatörlüğe dönüşüp despotlaşmasıyla hayal kırıklığına uğramışlarsa da iç savaş boyunca krallık rejiminin yıkılmasının toplumsal ilerleme ve gelişme için şart olduğunu düşünmüşlerdir. HILL, 1983, s. 62.

[156] HILL, 1983, s. 68; HILL, 2013, s. 66.

[157] BLACK, 2020, s. 225; HILL, 1983, s. 69 - 70; BLACK Jeremy, **Kısa İngiltere Tarihi**, (Çev. E. Duru), Say, İstanbul, 2017, s. 109; HARMAN Chris, **Halkların Dünya Tarihi - Taş Devrinden Yeni Binyıla**, (Çev. U. Kocabaşoğlu), 6. Bası, Yordam, İstanbul, 2017, s. 212.

[158] GREEG Pauline, **King Charles I**, University of California, Berkeley, 1984, s. 411.

[159] Eşitleyiciler, dönemin İngiliz toplumunun daha ziyade orta sınıf küçük burjuvazisini temsil eden bir yapı olarak çoğunlukla zanaatkârlar, ikinci derece tacirler ve orta sınıf çiftçilerden müteşekkildiler. Bu bakımdan kapitalist üretim tarzının ve üretim ilişkilerinin gelişmesinden

farklılıkları Parlamentocular içindeki hizipleşmeyi keskinleştirmiş; bu tartışmaların içeriğinden haberdar olan *I Charles*'ın Kasım 1647'de kaçıp İskoçlar ile gizli bir anlaşma yapmasının akabinde iç savaş yeniden başlamış ve ancak bunların ardından Parlamentocular *Cromwell*'in önderliği altında tekrar birleşebilmiştir[160]. Parlamentocu / Cumhuriyetçi cephe ikinci kez başlayan iç savaş sürecinden de Ağustos 1648'de zaferle çıkmış, *I. Charles* tekrar yakalanmış ve 30 Ocak 1649'da mahkeme kararına istinaden idam edilmiştir[161]. Bu süreç aynı zamanda büyük burjuvazi karşısında radikal demokratik fikirleri ve kilise iktidarına karşı dinsel hoşgörüyü ön plana çıkartan küçük burjuvazinin en sol kanadındaki Eşitleyiciler hareketinin önderlerinin de idam edilerek tasfiyeleriyle neticelenmiştir[162]. Bu idamlara rağmen *Putney* tartışmalarında ele alınan ve Eşitleyiciler'in savunduğu başta doğal hak yaklaşımları olmak üzere bazı hususlar 1688 Devrimi'ne giden süreçte tekrar gündeme gelmiş ve *Locke*'un siyaset teorisinin temellendirilmesinde belirli bir ölçüde etkili olmuştur.

Eşitleyiciler'in mevcut hukuki politik düzene muhalefeti, hukuksal gerekçelerle temellendirilmeye çalışılan tarihsel bir yaklaşımdan beslenmekte olup onlara göre ortak hukukun temeli Norman fethi öncesi Anglosakson dönemine dayanmaktadır[163]. Norman fethi sonrası kötü krallar hukuku ve diğer temsili kurumları tahrip etmişler, eşitliğe aykırı yasalar yapmışlar, fakat İngilizler kendi özgürlükleri için mücadeleyi sürdürmüşler ve *Magna*

---

yararlanacak toplumsal grupların bakış açısını yansıtıyorlardı. Bileşenlerinin siyasal tercihleri çok net olarak tarif edilemese ve hiçbir zaman birbirleriyle bütünüyle uyumlu, yeknesak hareket edebilen disiplinli bir yapı olamasalar da 1647 - 1650 yılları arasında belirli bir etkinlik gücüne ulaşarak Kral'a karşı mücadelede orta sınıf demokrasisinin gerçekleştirilebilmesine yönelik siyasal hedefleri ön plana çıkarıyorlardı. Hukuki açıdan özgürlükçü anayasayı, iktisadi yönden belirli sınıfların imtiyazının olmadığı liberal ekonomik doktrini savunan Eşitleyiciler, hedefledikleri amaçları gerçekleştiremedilerse de o dönemin etkili bir siyasal hareketi ve inanç birlikteliği olarak anılmayı hak etmişlerdir. Hareketin simge isimlerinden *John Lilburne*'un fikirleri öncelikle yoksul sınıfların haklarına vurgu yaptığı için zamanın egemen güçlerince kabul görmemiş, fakat daha sonra radikal demokratik görüşlerin önemli ideolojik payandalarından biri olmuştur. HARMAN, s 217; SABINE, s. 160 - 163; HILL, 2013, s. 126. *Lilburne*'un radikal demokratik düşünceleri ile ilgili ayrıca bkz. SABINE, s. 171 - 172.

160 GREEG, s. 418 - 420; HILL, 1983, s. 71 - 73.

161 GREEG, s. 424 ve 433; HILL, 1983, s. 73; AĞAOĞULLARI / ÇULHA ZABCI / ERGÜN, s. 106.

162 SABINE, s. 160; HILL, 1983, s. 73 - 74; AĞAOĞULLARI / ÇULHA ZABCI / ERGÜN, s. 109 - 110. Eşitleyiciler aynı zamanda *Cromwell*'in oluşturduğu "Yeni Model Ordu" içindeki askerlerin bağlı bulunduğu en radikal sol kanadı temsil etmekteydiler. SABINE, s. 167.

163 HILL Christopher, **İngiltere'de Devrim Çağı 1603 - 1714**, (Çev. U. Kocabaş), İletişim, İstanbul, 2016, s. 222.

Carta gibi pek çok anayasal belgenin ortaya çıkmasını sağlamışlardır.[164] *Putney* tartışmalarında öncelikle Anglosakson teamüllerine vurgu yapan Eşitleyiciler'e göre hukuksal yapıların karmaşıklığının temel nedeni yine Norman boyunduruğundan kaynaklanmakta; örneğin mahkemelerin dilinin Fransızca ve Latince olmasının temel sebebini yoksul halkın kolay bir biçimde aldatılması, dolandırılması ve adaletsizliğe uğratılması, böylece Norman çıkarlarının korunup kollanabilmesi oluşturmaktadır[165]. Fakat tartışmalarda Eşitleyiciler'in ileri sürdükleri tarihsel argümanlar, karşıtlarının kendi savlarını daha güçlü biçimde savunması nedeniyle yanlışlanmış ve Eşitleyiciler de özgürlük taleplerini doğal haklar ekseninde bir siyaset teorisine dayandırmaya yönelmişlerdir[166]. Ancak bu siyaset teorisi de Eşitleyiciler'in benimsediği doğal hukuk anlayışının taşıdığı teorik sorunlardan ve kendi içindeki müphemliklerden ötürü, büyük burjuvazinin temsilcilerinin iddiaları karşısında tutarlı ve herkes tarafından doğruluğu kabul edilen bir söylem konumuna ulaşamamıştır.

Putney tartışmalarında çalışmanın konusu açısından önem arz eden hususun, Eşitleyiciler'in talepleri doğrultusunda oy ve mülkiyet hakkının bir doğal hak olarak kabul edilip edilemeyeceği noktasında düğümlendiğini belirtmek gerekir. Eşitleyiciler'in 1647 tarihli Halk Sözleşmesi *(Agreement of the People*) adlı kendi anayasa tasarılarında yer alan yasa önünde tam eşitlik, hukuk reformu ve esasen de sözleşmeyi kabul eden tüm özgür insanların doğuştan oy hakkına sahip olması gerektiği yönündeki talepleri *Putney*'de Ordu Konseyi içinde gerçekleştirilen tartışmalarda ele alınmıştır[167].

---

[164] HILL, 2016, s. 222; HILL, 2013, s. 75. Norman fethinin ve egemen düzeninin benzer sonuçlara yol açtığı görüşü aynı zamanda Kazıcılar hareketinin en önemli isimlerinden *Winstanley* tarafından da Eşitleyiciler'in argümanlarına yakın bir çerçevede savunulmuştur. WINSTANLEY Gerrard, ""Kazıcılar" Bildirisi", (Çev. Ö. Yakupoğlu), **Teori ve Politika**, S. 54, 2009, s. 229 - 230.

[165] HILL, 2016, s. 223; HILL, 2013, s. 298.

[166] HILL, 2016, s. 225.

[167] HILL, 2016, s 168; HILL, 2013, s. 75 - 76; AĞAOĞULLARI / ÇULHA ZABCI / ERGÜN, s. 112. Doğuştan hak anlayışının *Putney* tartışmalarının öncesine uzanan bir düşünsel alt yapısı vardır. *Weber*'e göre toplumun her üyesinin doğuştan hakları olduğu düşüncesi *Magna Carta*'ya kadar geri götürülebilir. Modern yorumuyla doğuştan haklar ya da doğal hak ve özgürlükler anlayışı, *Magna Carta*'da aristokratların statü hakları olarak kabul edilen ayrıcalıklarının bütün İngilizler'in ulusal özgürlükleri olması ve bu hak ve özgürlüklerin krallar da dâhil olmak üzere siyasi otoritenin müdahalesinden bağışık tutulması gerektiği yönündeki düşünceye dayanıyordu. WEBER Max, **Economy and Society - An Outline of Interpretive Sociology - Vol. 2**, (Edi. G. Roth / C. Wittich) (Çev. E. Fischoff vd.), University of California, Berkley, 1978, s. 868.

Herkesi kapsayan genel oy hakkını açıkça savunmaktan imtina eden Eşitleyiciler açısından[168] *"özgür İngilizler, kendi emeklerine ve kendi mallarına, kendi başlarına özgür bir şekilde tasarruf edebilenlerden oluş*[maktaydı]*"* ve oy hakkı da malı mülkü olan bu "erkek" İngilizler'e özgülenmeliydi[169]. Onlar yasalarla desteklenen ayrıcalıkların ilgasını hedefleyip esasen küçük mülk sahibi sınıfların diğer zengin sınıflarla hukuki eşitliği prensibini ön plana çıkartmakta, bu doğrultuda siyasi katılımın genişletilmesi anlayışını benimsemekteydiler[170]. Ancak Eşitleyiciler'in bu talebi dahi mevcut seçmen sayısını iki katına çıkaracağı için demokrat olmayan Cumhuriyetçiler'ce reddedilmiştir[171]. Eşitleyiciler'in bu taleplerine karşı İngiliz büyük burjuvazinin savı ise özetle oy hakkının insanların doğuştan gelen bir hakkı olarak benimsenmesi halinde benzer bir talebin mülkiyet hakkını da kapsayacak biçimde genişletilebileceği ve bu durumun hâlihazırdaki mülkiyet düzeni üzerinde son derece tehlikeli sonuçlar doğurabileceği şeklindeydi.

Tartışmalarda Eşitleyiciler'in taleplerini şiddetle reddederek ön plana çıkan isim ise oy hakkının sadece ülkede daimi çıkarı olanlarla, yani *"bütün arazilere ve şirketlerde bütün ticarete sahip olanlarla"*[172] sınırlandırılması

---

168 Oy hakkının kapsamı meselesinin Eşitleyiciler arasında da ihtilaflı bir konu olduğu belirtilmelidir. Örneğin *Putney* tartışmalarından önce 1646 yılında parlamentonun gerçek anlamda halkı temsil eder hale getirilmesi, bunun için de en yoksulların dahi en zengin ve güçlü İngilizler kadar oy verme hakkına sahip olmaları gerektiği savunulmuş, hatta Lordlar Kamarası'nın kapatılması talep edilmiştir. Buna karşın *Putney* tartışmalarında Eşitleyici görüşü benimseyen pek çok kişi tarafından belirli bir mülkiyet sahipliği ve özgür doğmuş olma ile oy hakkı arasında bağlantı kurularak parlamento için savaşmamış kişilerin ya da ücretli ve bağımlı yaşayan yoksulların ve kadınların oy hakkının olmaması gerektiği belirtilmiştir. HILL, 2016, s. 167 - 168. Ayrıca bkz. HILL, 2013, s. 129 - 130.

169 HILL, 2016, s. 168 - 169; AĞAOĞULLARI / ÇULHA ZABCI / ERGÜN, s. 113 - 114.

170 SABINE, s. 164.

171 HILL, 2016, s. 169. *Putney* tartışmalarında Eşitleyiciler'in doğal haklar yaklaşımını bütünüyle savunmadıkları belirtilmişti. Onların savunduğu yaklaşım mülk sahibi olan özgür İngiliz yurttaşlarıyla sınırlı, mülksüzleri ve kadınları dışlayan bir parlamenter temsilde eşitlik talebini içeriyordu. Eşitleyiciler temsilde eşitliğin nüfus esas alınarak sağlanmasını isterken, Presbiteryenler yani büyük toprak sahipleri ve burjuvazinin temsilcisi konumundaki üst düzey subaylar seçim bölgelerindeki sandalyelerin vergi ödeme oranlarına göre dağıtılmasını önermişlerdir. Bu tür mali temelli bir temsil ilkesinin benimsenmesi, büyük mülklere sahip ve daha fazla vergi ödeyen toprak sahipleri ile burjuvazinin parlamentoda egemen olmasını güvence altına almaktaydı. Eşitleyiciler bu noktada temsilde mülkün büyüklüğünü değil insan sayısının esas alınması gerektiğini savunmuşlardır. SABINE, s. 169; AĞAOĞULLARI / ÇULHA ZABCI / ERGÜN, s. 113.

172 HILL, 2016, s. 169. Sabine'in de belirttiği üzere Ireton'un benimsediği ve "tarihi parlamento kavramına şüphesiz daha yakın olan tutucu görüşe göre parlamento toprak sahipliği ya da ticaret yapmaya izinli bir korporasyon üyeliğinin çıkarlarını temsil ediyordu". SABINE, s. 169.

gerektiğini söyleyip mevcut oy verme hakkının korunmasını savunan *Cromwell*'in damadı ve aynı zamanda büyük burjuvazinin görüşlerinin en ateşli savunucusu olan *Henry Ireton* olmuştur[173]. Büyük burjuvazi açısından temsil kabiliyetinin ve dolayısıyla oy hakkının küçük mülk sahibi alt tabakaları da kapsayacak biçimde genişletilmemesi gerekiyordu. *Ireton* açısından oy hakkı hâlihazırdaki ortak hukuk geleneğine uygun biçimde büyük toprak mülkiyetine sahip olanlarla şehirlerdeki ticaret burjuvazisinin tekelinde kalmaya devam etmeli ve Eşitleyiciler'in taleplerinin aksine yalnızca mülkiyet sahibi olma koşuluna bağlanmamalıydı[174]. Bu durum *Ireton*'a göre, oy hakkının özel mülkiyetin niceliğiyle belirlenen geleneksel ölçüsüne ve dolayısıyla mevcut mülkiyet düzeni ile ilişkilerine ciddi boyutta zarar verebilirdi[175]. Yerel ve kalıcı çıkarı olmayanların, yani mülksüzlerin veya küçük mülk sahiplerinin seçimlerde büyük mülk sahipleriyle eşit bir ağırlığı olamazdı[176]. Keza Eşitleyiciler'in -mülkiyete sahip- her özgür İngiliz yurttaşının "doğal bir hak" olarak oy hakkının tanınması gerektiği savının kabul edilmesi halinde mülkiyetin de her insanın doğal bir hakkı olduğu gündeme gelebilirdi[177]. *Ireton*'un bu savı öne sürmesinin nedeni o zamana kadar ancak büyük mülk sahipliği ile oy hakkı ayrıcalığı arasında bağlantı kurulması ve bunun genel kabul görmesiydi[178]. Bu nedenle gerek oy hakkında gerek mülkiyet sahipliği konusunda doğal hakka değil medeni haklara, yani kadim İngiliz ortak hukukunun kurallarına uyulmaya devam edilmeliydi; zira doğal hak anlayışına başvurulduğunda bütün medeni haklar da reddedilmek durumundaydı[179].

Doğal hakları bireyin doğuştan ve devredilemez hakları biçiminde yorumlayıp devlet ile hukuk düzeninin söz konusu hakların koruyucusu olması gerektiğine inanan Eşitleyiciler'in, doğal hukuka ilişkin yaklaşımlarının teori ve uygulamada ikircikli bir niteliğe haiz olduğundan da bahsedilmesi gerekir[180]. Onlar için doğal hak yaklaşımı bazen ortak hukuk ya da *Magna Carta* ile korunan geleneksel özgürlükler ve haklar biçiminde ortaya çıkıyor,

---

[173] HILL, 2016, s. 169; SABINE, s. 169.

[174] SABINE, s. 170.

[175] HILL, 2016, s. 169.

[176] DOBB, 1992, s. 157.

[177] HILL, 2016, s. 169.

[178] HILL, 2016, s. 169.

[179] WOOD, 2012, s. 263 - 264.

[180] SABINE, s. 165 - 167.

bazen de evrensel insan hakları anlamında doğuştan sahip olunan hak ve özgürlüklere tekabül ediyordu[181]. Bu yönüyle Eşitleyiciler'in doğal hak yaklaşımının, gerçekleştirilmesini hedefledikleri ekonomik, siyasal ve hukuksal talep ve amaçlarla yakından bağlantısı vardı. Onların, belirli siyasal hedeflere ulaşma gayesiyle kendi doğal hukuk teorilerini inşa ettikleri söylenebilir. Ancak bu yönüyle dahi tarihsel anlamda Eşitleyici doğal hukuk görüşünün sekülerleşen liberal doğal hukuk anlayışları içinde ilerici bir nitelik taşıdığı aşikârdır. Toplumsal ve siyasal yönden doğal hukukun politikleşmesinde ya da diğer bir deyişle politik taleplerin gerekçelendirilmesi ve meşrulaştırılmasında doğal hukuktan destek alınması geleneğinde önemli bir aşamayı temsil ettikleri de belirtilmelidir.

Ireton'un "komünizme" yol açacağı nedeniyle reddettiği Eşitleyiciler'in doğal hukuk doktrini[182], yukarıda bahsedildiği biçimiyle pek çok Eşitleyici için de hak, özgürlük ve eşitlik taleplerinin toplumun bütününe şamil olacak biçimde yorumlanıp yorumlanamayacağı hususunda sıkıntılı ve kafa karıştırıcı bir konuydu. Gerçekten de nüfusun çoğunluğunu oluşturan küçük mülk sahiplerini, zanaatkârları, küçük toprak sahibi çiftçileri kısaca küçük burjuvaziyi temsil etme iddiasında olan Eşitleyiciler özünde sadece daha fazla siyasi temsil ve oy hakkı istemekteydiler ve doğal hak yaklaşımları da bu eksende biçimlenmişti[183]. İki yıl sonra ortaya çıkacak ve topraksız köylülerin içinde yer aldığı Kazıcılar (*Diggers*) hareketinin[184] aksine, ortak mülkiyet

---

181 SABINE, s. 165 - 166.

182 HILL, 2016, s. 169.

183 HILL, 2016, s. 169 - 170.

184 En önemli liderleri *William Everard* ve *Gerrard Winstanley* önderliğinde ilk önce Nisan 1649'da *Surrey*'de *St. George* Tepesi'nde ve daha sonra başka yerlerde boş kamu arazilerini işgal ederek ortak mülkiyete dayalı tarımsal faaliyetlere başlayan Kazıcılar hareketi, uzun süre varlık gösteremeyip 1650'de dağılmışsa da bilhassa *Winstanley*'nin yazıları dolayısıyla İngiliz tarihi içinde ortak mülkiyetin bir doğal hak olduğunu öne süren ve siyasal eşitlik taleplerini dile getiren özgün bir siyasal düşünce olarak büyük önem arz eder. Kazıcılar da tıpkı Eşitleyiciler gibi siyasal hak taleplerini insanın doğuştan sahip olması gereken belirli doğal haklar perspektifinde inşa etmişlerdir. Kazıcılar, herkesin yaşamını sürdürmek için ihtiyaç duyduğu temel araç olarak toprak üzerinde eşit hak talebini savunmuşlar, komünal bir toprak mülkiyeti vurgusunu ön plana çıkartıp Eşitleyiciler'den farklı olarak iktisaden eşitliğe dayanan politik bir doğal hukuk anlayışını benimsemişlerdir. Çoğunluğunu mülksüz tarım işçilerinin oluşturduğu Kazıcılar pasifist bir siyasal mücadele yöntemini kabul ederek çeşitli tarım komünleri kurmaya çalışmışlardır. Dinsel mistisizmden beslenen ve birkaç yıl sonra çıkacak *Quaker* tarikatının dinsel görüşlerine benzeyen *Winstanley*'nin genel felsefesi, dünyanın ve onun nimetlerinin ortak olduğu anlayışına dayanıyordu. Bu noktada mevcut düzende zenginler haksız biçimde bu nimetleri "benim" diyerek sahiplenirken, yoksullar yani mülksüzler "bizim" diyerek ve bir arada ortak çalışarak eşitlikçi biçimde sahiplenmeliydiler. Ona göre dünya ve nimetleri

düşüncesine son derece uzaktılar ve doğal hukuk doktrininin ortak mülkiyeti meşrulaştıracak biçimde yorumlanmasına da karşıydılar[185]. Başka bir ifadeyle küçük mülk sahiplerinin hukuki ve siyasi eşitlik taleplerini dile getirdikleri halde savundukları doğal hak yaklaşımı kesinlikle tüm insanları kapsayacak tarzda toplumsal ve ekonomik eşitsizlikleri kaldırmaya yönelik değildi[186].

Putney tartışmalarının politik alana yansıyan diğer önemli etkilerinden biri, Eşitleyiciler'in kendilerini komünal bir yaşam ve tarımsal mülkiyet anlayışının karşısında konumlandırmaları olmuştur[187]. Buna rağmen *Cromwell* kısa sürede gerek ordu içindeki gerek dışındaki Eşitleyiciler'i sindirmiş; böylelikle cumhuriyet rejimi giderek muhafazakârlaşmış ve otoriterleşmiştir[188]. İç savaş sırasında gerçekleşen *Putney* tartışmaları o dönemin hâkim ekonomi politik düşüncesine ve kurulması hedeflenen cumhuriyetin ve onun temel niteliklerinin nasıl biçimlendirileceğine ilişkin ideolojik düzeyde önemli ipuçları sağlamaktadır. Büyük burjuvazi, oy hakkının genişletilmemesi ve her özgür yurttaşın doğuştan sahip olduğu bir hak olarak kabul edilmemesi gerektiğini savunmuştur. Oy hakkının doğuştan gelen bir hak olarak kabulünün, mülkiyet hakkı bakımından da benzer tartışmalara neden olacağı endişesi doğal hak doktrinlerinin bir kenara bırakılarak geleneksel ortak hukukun kurallarına uyulmaya devam edilmesi yönünde muhafazakâr bir ekonomi politik - hukuksal yaklaşımın benimsenmesi ile sonuçlanmıştır. Keza büyük burjuvazinin cumhuriyet ve egemenlik anlayışı da demokratik

---

sadece zenginler ya da toprak sahipleri için yaratılmamıştır, herkesin ortak geçimini sağlaması için dünya nimetleri üzerinde payı vardır. Keza dünya, zenginlerin lord ve fakirlerin köle, hizmetçi veya dilenci olması için de yaratılmamıştır. Doğruluk yasası gereği en fakir insanın bile en zengin insan gibi iyi bir unvana ve toprağa hakkı vardır; dünya, herkesin geçimini sürdürebileceği ortak bir hazine olmalıdır. *Winstanley*'e göre özel mülkiyetin ortaya çıkışı tıpkı Adem ve Havva'nın cennetten düşüşü gibi insanın düşüşünü simgelemektedir. Yeryüzünün ortak bir hazine olmasının anlamı insanların eşit olarak yaratılmasıdır. Bu dünyadaki şeytan aslında mülkiyetin kendisidir ve mülkiyeti desteklemek büyük bir ihanettir. AĞAOĞULLARI / ÇULHA ZABCI / ERGÜN, s. 116 - 117; HILL, 2013, s. 146 - 149; HILL, 1983, s. 75 - 76; SABINE, s. 173; BEER, 1989, s. 352 - 353; BERENS Lewis H., **The Digger Movement in the Days of the Commonwealth as Revealed in the Writings of Gerrard Winstanley, the Digger Mystic and Rationalist, Communist and Social Reformer**, Simpkin, London, 1906, s. 35, 76, 91, 116; HILL Christopher, "Gerard Winstanley: Kingston'da Bir 17. Yüzyıl Komünisti", (Çev. E. Aytaç), **Teori ve Politika**, S. 54, Yaz 2009, s. 212; WINSTANLEY, *passim.*

185 HILL, 2016, s. 170; HILL, 2013, s. 132 - 133.

186 SABINE, s. 164.

187 HILL, 2016, s. 170.

188 HILL, 2016, s. 170 - 171.

ve ilerici niteliği haiz olmaktan ziyade oldukça sınırlı katılımı öngören bir siyasal alan ekseninde yönetimsel mekanizmaların ve buna dayanan kamusal düzenin kurulmasını hedeflemektedir. Başka bir ifadeyle Cumhuriyetçiler'in dahi cumhuriyeti bir halk egemenliği düşüncesi olarak görmedikleri, hatta egemenlik kavramını fazlaca tartışmaya açmadan büyük burjuvazi ile kralcı olmayan aristokratlardan müteşekkil kapitalist bir zümrenin iktidarını korumaya çalıştıkları söylenebilir.

Putney tartışmaları bağlamında son olarak özetle değinilecek olan husus, *Putney* ve sonrasında iç savaş yıllarında ortaya çıkan tarihsel ve toplumsal koşullarda şekil değiştirse de etkisi süren siyasal fikirlerin liberal siyaset felsefesinin oluşumunda nasıl rol oynadığı meselesidir. Bu bağlamda Eşitleyiciler'in ve Kazıcılar'ın doğal hukuk anlayışlarından hareketle *Locke*'un siyaset felsefesinin temellerine ilişkin kısa bir analiz yapılması gerekmektedir. Öncelikle, *Putney* tartışmaları sırasında Eşitleyiciler'in, daha sonraları ise Kazıcılar'ın dillendirip savunduğu, özünde alt tabakaların siyaseten ve iktisaden daha fazla hak ve özgürlük taleplerini gerekçelendirmek için oluşturulan farklı doğal hukuk görüşlerinin belli yönlerden *Locke*'un doğal hukuk anlayışına etki ettiği belirtilerek başlanmalıdır. Bununla birlikte *Locke*'un doğal hukuk anlayışı ile Eşitleyiciler'in ya da Kazıcılar'ın yaklaşımları arasında bir süreklilikten bahsetmek mümkün değildir; örneğin Eşitleyiciler mülkiyetten hareketle oy hakkını bir doğal hak olarak niteleyip siyasal kazanımlar elde etmek isterken, *Locke* öncelikle mülkiyetin bir doğal hak olduğunu söyleyip başta mutlakıyetçi devlet olmak üzere hiçbir hükümetin yasadışı olarak mülkiyete müdahale edemeyeceği ilkesini güçlendirmeyi amaçlıyordu.[189] İkinci olarak *Locke* mülkiyet sahipliği ile siyasal haklara sahip olup onları kullanma ehliyeti arasında bağ kurarak sınırlı sayıda kişinin katılımına açık bir burjuva yönetsel yapısının meşruiyetini rasyonalite temelinde inşa etmeyi düşünüyordu. *Locke*'un tasavvur ettiği yapı ve onun 1688 Devrimi sonrası seçme ve seçilme hakkı özelinde pratiğe yansıyan sonucu, Eşitleyiciler'in tüm küçük mülk sahiplerinin siyasal özneler olarak tanınması yönündeki taleplerine kıyasla çok daha dar, özünde ticaret ve imalat sektörünün yarattığı servet birikimi sayesinde zenginleşmiş büyük burjuvazi ile büyük toprak sahibi kapitalistleşmiş aristokratik unsurların siyasal gücü ellerinde tuttukları bir hukuksal düzene tekabül ediyordu.

---

[189] WOOD, 2012, s. 302.

Locke'un liberal doğal hukuk kuramının Eşitleyiciler'in görüşlerinden etkilendiği en önemli nokta, Eşitleyiciler'in mülkiyet ile oy hakkı arasında kurdukları bağlantıyı *Locke*'un mülkiyet sahipliği ile sözleşmenin bir tarafı olup siyasal toplumu oluşturan ve tam yurttaşlık haklarına sahip olan kişiler ekseninde yeniden kurgulamasıdır. Ancak *Locke* bu bağlantıyı, mülk sahibi olmayanların rasyonel davranışlarda bulunma yetisinin yokluğundan hareketle, onları siyasal alandan topyekûn dışlamak üzerine kurar. *Locke*'un Kazıcılar'ın görüşlerine yaklaştığı konu ise doğa durumunun başlangıcında tüm insanların dünya ve onun nimetleri üzerinde ortaklaşa bir mülkiyete sahip olmasıyla bağlantılıdır[190]. Fakat *Locke*, Kazıcılar'ın anlayışından farklı olarak bu ortaklaşa mülkiyet halinde, eşitsiz mülkiyet düzenini doğrulayıp meşrulaştırabileceği bir zemin bulur ve mülkiyeti doğal bir hak olarak konumlandırır. Bu nokta *Locke*'u, mülkiyeti ortak hukuka ve eski İngiliz hukuk geleneklerine dayandıran *Ireton* gibi büyük burjuvazinin savunucularından da farklılaştırır; mülkiyeti haklar ekseninde kutsallaştırıp herhangi bir biçimde devlet tarafından müdahale edilemeyecek bir konuma yükseltme imkânı tanır. *Locke*'a göre insan, ortak mülkiyet konusu şeylere kendi emeğini koyduğunda, emek, emek sahibinin sorgulanamaz mülkiyetinde olduğundan, emek katılan şey de emek sahibinin özel mülkü haline gelir ve doğal yasanın sınırlamaları dışında hiç kimse o şey üzerinde artık bir hak iddia edemez[191]. İşte bunun ardından mülkiyet, yani hak sahibinin dokunulmaz bir doğal hakkı olarak tanımlandıktan sonra, mülkiyet sahipliğinin yarattığı ayrıcalıklar sayesinde siyasal toplumda tam yurttaş olabilmenin de genel çerçevesini belirler hale geliyordu.

Locke'un kuramında ilk bakışta, herkesin sözleşmenin tarafı ve dolayısıyla siyasal toplumda tüm haklara sahip bir yurttaş olarak kabul edilebileceği yönünde bir anlayışın benimsendiği düşünülebilirse de özdeki düşüncenin farklı olduğu belirtilmelidir. Bu gerçeklik *Locke*'un Eşitleyiciler'in doğal hukuk anlayışından ayrıştığı temel hususu oluşturur. Eşitleyiciler daha geniş bir oy hakkı kavramından hareket ederken *Locke* hiçbir zaman doğrudan oy hakkını gündeme getirmez; mülkiyet sahipliği ile rasyonel davranışta bulunma arasında bağlantı kurarak siyasal toplumun öznesine yoğunlaşır. Ona göre toplumda sessizce hayatlarını sürdüren, hukuk düzeninin sağladığı koruma ve güvenlikten yararlanıp yasalara boyun eğen insanlar doğrudan o toplumun bir üyesi sayılamazlar; ancak mülk sahipleri kendilerini devletle bütünleştirebilirler;

---

[190] LOCKE, 2012, s. 27.

[191] LOCKE, 2012, s. 24.

sadece mülk sahipleri, sahip oldukları ya da gelecekte edinecekleri sahiplenmeleri topluma ekleyip teslim edebilirler[192]. İşte sadece bu durum, yani mülk sahiplerinin devlet ve toplum üzerinde daimi çıkarlarının olması, onlara devlet ve toplumun geleceği konusunda söz söyleme hakkı verir. Bu yaklaşımın *Ireton*'un görüşlerinden etkilenen bir yönünün olduğu açıktır. Sonuç olarak *Locke*'un siyaset teorisinde sözleşmenin tarafı olup siyasal alana katılma hakkına sahip sınırlı sayıda insan vardır; rasyonel davranışlarda bulunamayan yani aklın yasalarına göre hareket edip mülkiyet sahibi olamayan köylüler, işçiler, fakirler ya da kadınlar sözleşmenin tarafı değildirler ve bu nedenle yasama faaliyetlerine de katılamazlar[193]. Başka bir ifadeyle ona göre rasyonel bir yaşam süremeyen, emek gücünden başka satacak bir şeyi olmayan ve Aydınlanmanın aklını kullanabilen birey kavrayışını temsil edemeyip gündelik hayat gailesini sürdürmekten başka bir şeye odaklanamayan mülksüzlerin aktif yurttaşlık hakları olmadığı gibi politik alanda söz söyleme kudretine sahip birer özne kabul edilebilmeleri de mümkün değildir[194]. Görüldüğü üzere *Locke* her ne kadar iç savaş sürecinde ortaya çıkan doğal hukuk anlayışlarından belli ölçülerde etkilenmişse de onlardan tamamen farklı sonuçlara ulaşmış; nihayetinde ileri sürdüğü görüşleriyle ve siyaset felsefesiyle 1688 Devrimi'yle somutlaşacak burjuva sınıf egemenliğinin, mülkiyet özgürlüğünün, sınırlı devletin ve liberal hukuk düzeninin temel paradigmalarını ortaya koymuştur. Putney tartışmalarının da bir parçasını oluşturduğu 17. yüzyılda başlayan siyasal gündemin çok yönlülüğü, burjuva ideolojisinin gelişiminde pek çok temel değeri etkilemiştir. İngiliz burjuva devriminin düşünsel etkisi sadece devrimin doğduğu topraklarla sınırlı kalmayarak zamanla benzer iktisadi süreçleri geçirecek olan coğrafyalara da sirayet etmiştir. *Locke*'un görüşleri ile daha sağlam bir zemine oturan liberal siyaset ideolojisi ve liberal hukuk anlayışı, aynı zamanda modern devletin meşruiyetini inşa edecek sözleşme teorileri ve liberal doğal haklar kuramı ile birlikte kapitalizmin ihtiyaçlarını karşılamaya dönük bir hukuk düzeninin "temel normlarının" şekillendirilmesine önemli katkılarda bulunmuştur.

---

[192] LOCKE, 2012, s. 79 - 80.

[193] AĞAOĞULLARI / ÇULHA ZABCI / ERGÜN, s. 192 - 193; KÖKER Levent, İki Farklı Siyaset Bilgi Teorisi-Siyaset Bilimi İlişkileri Açısından Pozitvizm ve Eleştirel Teori, Dipnot, Ankara, 2008, s. 62; MACPHERSON C. B., The Political Theory of Possesive Individualism Hobbes to Locke, Oxford University, Oxford, 1990, s. 224 - 229.

[194] MACPHERSON C. B. "The Social Bearing of Locke's Political Theory", **Life, Liberty, and Property Essays on Locke's Political Ideas**, (Edi. G. J. Schocket), Wadsworth, California, 1971, s. 69; TANNENBAUM Donald G., **Siyasi Düşünce Tarihi Filozoflar ve Fikirleri**, (Çev. Ö. Orhan), Serbest, Ankara, 2019: 233; MACPHERSON, 1990, s. 230; RUSSELL Bertrand, **Batı Felsefesi Tarihi III**, (Çev. M. Sencer), Say, İstanbul, 2002, s. 190.

3. *Commonwealth* Dönemi: Cumhuriyetin Yükselişi ve Düşüşü

1649 yılında *I. Charles*'ın idamıyla beraber cumhuriyetçi hükümet ve *Oliver Cromwell* büyük bir gücü elinde tutmaya başlamıştır. 1649'dan 1660 yılına kadar devam edecek ve adına *Commonwealth* dönemi denilecek cumhuriyet idaresi İngiliz anayasal ve siyasal tarihinin en özgün aşamalarından birini simgelediği kadar iktisadi alanda kapitalizmin yerleşmesi açısından da önemli bir dönüm noktası olmuştur. *Commonwealth* döneminde 1649'dan 1653'e kadar olan süreçte önemli bir kısmı iç savaş sırasında alınan borçların geri ödemesi için harcanmışsa da bir buçuk milyonu kral yanlılarının çarptırıldıkları para cezalarından ve beş buçuk milyonu müsadere edilen arazilerinden elde edilen yedi milyon sterlinden fazla para cumhuriyetin inşasına önemli bir kaynak yaratarak toplumsal refahın sağlanabilmesini olanaklı kılmıştır[195].

Refah artışının yanı sıra 1649'la başlayan sürecin diğer önemli bir sonucu toplumsal yapı içinde muhtelif ayrıcalıklara sahip aristokratların bazı yönetsel yetkilerini yitirmeleri ve hukuksal dokunulmazlık zırhlarını kaybetmeleridir. Örneğin kendilerine temsil imkânı sağlayan Lordlar Kamarası, yararsızlık ve İngiliz halkı için tehlike teşkil ettiği gibi gerekçelere dayanılarak Avam Kamarası'nca Mart 1649'da *An Act for the Abolishing the House of Peers* (Lordlar Kamarasının Kaldırılması Yasası) ile feshedilmiş ve on bir yıl boyunca bir daha açılmamış; ayrıca aristokratların sıradan yurttaşların tabi oldukları ceza hukuku rejimi çerçevesinde yargılanıp cezalandırılmalarına başlanmıştır[196]. Bununla birlikte 1653'e kadar Avam Kamarası ile *Cromwell* arasında yer yer sert çatışmalar ve görüş ayrılıkları yaşanmış, Kasım 1653'de on üç yıldır faaliyette olan "Uzun Parlamento"[197] *Cromwell*'e

---

[195] HILL, 2015, s. 186; HILL, 2016, s. 171 - 172.

[196] March 1649: An Act for the Abolishing the House of Peers, https://www.british-history.ac.uk/no-series/acts-ordinances-interregnum/p24, (Erişim Tarihi: 15.02.2020); READ FOSTER Elisabeth, "Procedure and the House of Lords in the Seventeenth Century", **Proceedings of the American Philosophical Society**, S. 126-3, 1982, s. 187; YELISEYEVA, s. 19; HILL, 2015, s. 173.

[197] İngiltere'de "Uzun Parlamento" olarak nitelendirilen dönemin 6 Aralık 1648'de Albay *Thomas Pride* tarafından gerçekleştirilen ve *Pride*'ın Tasfiyesi *(Pride's Purge)* olarak adlandırılan olayla son bulduğu da savunulmaktadır. *Pride*'ın Tasfiyesi ile dönemin parlamentosunun *I. Charles* ile pazarlık yapması engellenmek istenmiş ve *Cromwell* karşıtları parlamentodan atılmış, geriye kalan üyeleriyle parlamento çalışmalarına devam etmiştir. *Pride*'ın Tasfiyesi'nin en önemli sebebinin *I. Charles*'ın kaçmasının ardından *Cromwell*'in aldığı sert tutum olduğu söylenebilir. Bu süreçte *Cromwell* uzlaşma ve hoşgörü politikasını bir kenara bırakarak kralın en kısa sürede etkisizleştirilmesi gerektiğine karar vermiştir. Ancak Parlamento

yönelik sert muhalefeti nedeniyle dağıtılmıştır[198]. Daha sonra aynı yıl içinde çoğunluğu seçilmiş değil atanmış kişilerden müteşekkil ve iyi organize edilmiş bir azınlık tarafından üzerinde hâkimiyet kurulmuş politik olmayan bir meclisin klasik örneği sayılabilecek *Barebone* Parlamentosu ya da Azizler Parlamentosu *(Parliament of Saints)* oluşturulmuştur[199]. Bu parlamento her ne kadar aynı yıl içinde dağıtılmışsa da seçim kanununda bir takım ilerici düzenlemeler ile öşür vergisinin kaldırılması gibi çeşitli iktisadi nitelikli hukuki reformları gerçekleştirmiştir[200].

1654 yılında *Cromwell*'in ömür boyu *Protector* (Koruyucu) unvanı almasıyla beraber *Protectorate* (Koruyuculuk) olarak adlandırılan, tek adam liderliği altında ordu generallerinin de parçası oldukları askeri diktatörlük dönemi başlamış[201]; bu süreç bilhassa burjuvazi ve tarımsal mülk sahipleri üzerindeki vergisel yüklerin artırılması ve olası müsadere tehditleri nedeniyle, iç savaş sırasında Cumhuriyetçiler'i destekleyen İngiltere'nin güneyi ile doğusundaki varlıklı kesimleri *Cromwell*'in en sert muhalifleri konumuna getirip rejime olan halk desteğinin tedricen azalmasına sebebiyet vermiştir[202]. *Protectorate* yönetiminde farklı adlarla anılsa da mülksüzler ile küçük mülk sahiplerinin dışlanıp ayrıcalıklara sahip olanların gücü elinde tuttuğu, I. ve II. *Protectorate* parlamentoları olarak nitelendirilen 1654 Parlamentosu ve ardından 1656 Parlamentosu kurulmuş, fakat bu parlamentolar ile *Cromwell* arasında da uzlaşmazlık ve iktidar kavgaları sürmüştür[203]. Ordu, demokratik

---

içindeki Presbiteryen üyelerin bu karara olur vermeyeceğini bildiği için Albay *Pride* komutasındaki bir birliği Londra'ya göndererek söz konusu üyelerin Avam Kamarası'na girmelerini engellemiş ve Parlamento, çalışmasını kalan üyelerle sürdürmüştür. İşte bu parlamento bazı tarihçiler tarafından *Rump* Parlamento olarak anılmaktadır ve 1653'te kapatılan parlamentoya da o nedenle *Rump* Parlamento denilmektedir. *Rump* Parlamento her ne kadar bazı kişiler tarafından yozlaşmış bir oligarşi olarak nitelendirilmişse de etkili bir yönetim aygıtı kurarak devrimin gelişiminde önemli rol oynamış ve tutarlı bir ticari emperyalizm politikası yürüterek kendisini destekleyen zengin burjuvazi ve ilerici aristokrasinin sınıfsal çıkarlarını savunma vazifesini de yerine getirmiştir. BLACK, 2020, s. 259 - 260 ve 264; HARMAN, s. 215 - 216; TREVOR-ROPER H. R., "Oliver Cromwell and His Parliaments", **Crommwell - A Profile**, (Edi. I. Roots), Palgrave Macmillan, London, 1973, s. 103; DAVIES, s. 597.

198 AĞAOĞULLARI / ÇULHA ZABCI / ERGÜN, s. 133, MOSCA, s. 144.

199 TREVOR-ROPER, s. 108.

200 BLACK, 2020, s. 264 - 265.

201 *Sabine*'e göre gerek *Cromwell* gerek *Ireton* anayasal düzenin nasıl olması gerektiği konusunda pek çok şüpheye sahipse de özünde bir askeri diktatörlük istemiyorlardı. SABINE, s. 161.

202 HILL, 2016, s. 174 - 177; HILL, 1983, s. 78 - 79.

203 TREVOR-ROPER, s. 92 ve 121 - 127; AĞAOĞULLARI / ÇULHA ZABCI / ERGÜN, s. 133 - 134; MOSCA, s. 144.

ve hukuksal mekanizmaların işlemesinden korktuğu için parlamentonun çıkardığı yasaları gerektiğinde reddedebilecek bir yapı isterken, başka bir ifadeyle yargısal mekanizmaların etkisizleştirilmesini arzularken, muhalifler ise ordu ve *Cromwell* etkin olduğu müddetçe keyfi vergilendirme, zorunlu müsadere gibi uygulamalarla mülklerinin ve her tür malvarlıklarının kesintisiz bir tehdit altında olduğunu düşünmeye başlamışlardır[204]. Yeni rejimin politikalarının öngörülemezliği ve belirsizliği mülkiyet hakkını ve özgür mübadele ortamını sabık *Stuart* mutlakiyetçiliğinden daha fazla tehdit eder hale gelmiştir. Bu belirsizlik öngörülebilir bir hukuk düzeni ve istikrarlı bir siyasal yapı isteyen kapitalist aristokrasi ile serbest piyasa düzeninin en hararetli savunucusu burjuvaziyi dahi rejim karşıtı bir konuma sevk etmiştir.

Toplumsal desteğini giderek yitirmeye başlayan *Cromwell*'in[205] 1658'deki ölümü ve yerine oğlunun geçmesi, rejime yönelik memnuniyetsizlikleri daha da artırmıştır[206]. Oğul *Richard Cromwell*'in ordu üzerinde babasının sahip olduğu otoriteye hiçbir biçimde ulaşamaması ordudaki pek çok subayın iktidar mücadelesi için kendi aralarında yoğun çatışmalara girmelerine neden olmuştur[207]. *Cromwell*'in öldüğü dönemde Kralcılar kadar Cumhuriyetçiler de onun otoriter rejiminin düşmanı haline gelmişlerdir[208]. Gerçekten başta büyük toprak sahipleri ve burjuvazi olmak üzere cumhuriyet rejimini destekleyen kesimler 1658'den itibaren, 1660'da monarşinin yeniden kurulduğu zamana kadar hem ekonomik hem siyasal alanda rejimi sonlandırmaya yönelik bir takım önemli hamlelerde bulunmuşlardır.

Rejime karşı ekonomik alanda gerçekleşen kayda değer protestolardan biri başta Londra olmak üzere vergi mükelleflerinin, yani her kesimden burjuvazinin, 1659 - 1660 kışında vergi vermeyi reddetmesidir[209]. Söz konusu olay iktisaden cumhuriyetin yıkılmasında etkili olduğu gibi güçlü bir siyasal güvensizlik simgesidir. Bunun yanı sıra cumhuriyetin kuruluş sürecinde,

---

[204] HILL, 2016, s. 177 - 178.

[205] BLACK, 2020, s. 267. *Cromwell*'in *Protectorate* olmasıyla birlikte sadece mali konularda değil basın özgürlüğü, düşünce ve ifade özgürlüğü alanlarında da baskıcı bir tutumun benimsendiği görülür. Bu dönemde sansür uygulamaları yeniden başlamış, pek çok gazete kapatılmış, jurnalcilik teşvik edilmiş ve posta idaresine tüm mektupların açılıp okunması görevi verilmiştir. Bunlar hem iktisadi alan hem kamusal hak ve özgürlükler bakımından otoriter karakterli müdahalelerdir. WEISNER-HANKS, s. 483.

[206] HILL, 1983, s. 79.

[207] MOSCA, s. 145; BLACK, 2020, s. 267.

[208] AĞAOĞULLARI / ÇULHA ZABCI / ERGÜN, s. 134.

[209] HILL, 2016, s. 178.

özünde ekonomi politik gerekçelerle, serbest piyasayla uyumlu siyasi hukuksal bir yapının önünün açılması gibi taleplerle *Cromwell*'i destekleyen burjuvazinin artık mevcut rejimin düşmanı haline geldiğinin en açık göstergelerinden biridir. *Cromwell*'in ölümüyle ortaya çıkan otorite boşluğu, halefleri tarafından doldurulamamıştır[210]. Büyük toprak sahipleri ve burjuvazi bu süreçte *Cromwell*'in oğlunu iktidardan indirmiş ve daha önce ordudaki sol kanadı temizleyen General *George Monck*'a "özgür" bir parlamentoyu toplama şartıyla iktidarı teslim etmişlerdir[211]. Başta uygulanan vergi politikaları olmak üzere diğer ekonomik ve politik memnuniyetsizlikler[212], *Monck*'un o dönem İskoçya'da olan ordusuyla birlikte çağrılması ve nihayetinde *Commonwealth* rejiminin çöküşü sonucunu doğurmuştur[213]. Yeni parlamento, *II. Charles*'ın kral olmasının yolunu açarak cumhuriyet rejiminin ardından monarşinin tekrar kurulmasını sağlamıştır[214].

Cromwell ve onun iktidarına yönelik şüphelerin düşmanlığa evrilmesi bir anda gerçekleşmemiştir. *Protectorate* döneminin başlangıcından itibaren uygulanan ekonomik ve siyasal politikalar, rekabetçi bir serbest piyasa ekonomisinin hukuksal olarak güçlendirilmesini isteyen ve cumhuriyetçi geleneği temsil eden burjuvazi açısından zamanla hayal kırıklığı yaratmıştır. *Cromwell* rejimi, burjuvazinin beklediğinin aksine fazlasıyla öngörülemez bir iktisadi hukuki düzenden başka bir şey sağlayamamıştır. Keyfi vergilendirmeler, özel mülkiyetin müsaderesi tehdidi, siyasal çatışma ve belirsizlikler ekonomik istikrara ket vurduğu gibi serbest piyasa düzeninin ihtiyaç duyduğu hukuki güvencelerin tesisini de engellemiştir. Bu durum mülk sahipleri nezdinde *Cromwell* rejiminin giderek daha tehlikeli görülen otoriter bir iktidar olarak algılanmasına yol açmış ve rejimin sonunu hazırlamıştır.

---

210 AĞAOĞULLARI / ÇULHA ZABCI / ERGÜN, s. 134.

211 AĞAOĞULLARI / ÇULHA ZABCI / ERGÜN, s. 134.

212 Dönemin burjuvalarının yönetsel süreçler açısından iktidara yönelmiş en önemli şikâyet ya da memnuniyetsizliklerinin keyfi vergilendirmeler ekseninde ortaya çıktığı söylenebilir. Bu memnuniyetsizlikler sadece *Cromwell*'in cumhuriyet rejiminin sonunu getirmekle kalmamış, daha sonraki dönemlerde özellikle Avam Kamarası'nın hâkim öğesi olan burjuvazi ile krallar arasındaki vergisel düzenlemeler ve yükümlülükler konusundaki pazarlıkların önemli bir boyutunu oluşturmaya devam etmiştir. *Sarıca*'ya göre 1660'dan sonra parlamento, vergi konusunda krallara her yetki verdiğinde karşılığında kralın keyfi davranışlarını sınırlandırıp parlamentonun güç ve etkinliğini artıran bir düzenlemenin onanmasını şart koşmuştur. Böylece süreç içerisinde burjuvazi yasama yetkisini tamamen tekeline alabilmiştir. SARICA, s. 54.

213 HILL, 2016, s. 204; MOSCA, s. 145; BLACK, 2020, s. 267.

214 AĞAOĞULLARI / ÇULHA ZABCI / ERGÜN, s. 134; MOSCA, s. 145.

Sonuçta İngiltere'de cumhuriyet rejimi, dönemin hâkim iktisadi güçleri olan aristokrasi ve büyük burjuvazinin açık muhalefetiyle yıkılmış, cumhuriyetin kurucu unsurları arasında yer alan pek çok radikal toplumsal hareket ve düşünce de en azından bir süre için kamuoyunun gündeminden silinmiştir. Bununla birlikte 1640'da Uzun Parlamento ile başlayan ekonomi politik alandaki dönüşüm hukuk düzenini, yönetimsel süreçleri, dinsel alanı ve bunlara hâkim olan geleneksel paradigmayı kökünden sarsmıştır. Söz konusu süreç, İngiliz toplumunda varlıklı kesimlerin iktidar alanlarının dışında farklı kamusallıklar yaratmış, bu kesimler taleplerini kendi kamuoylarını oluşturmak suretiyle dillendirebilmişlerdir. Böylece içinde radikal unsurlar barındıran farklı hareketlerle, onların talep ve görüşlerinin kamuoyu önünde tartışılması geleneği, pek çok farklı toplumsal katmanda etkilerini geleceğe taşıyacak biçimde ortaya çıkmıştır.

4. Restorasyon Dönemi: *Stuart*lar'ın Mutlakıyetçilik Tahayyülünden Burjuvazinin 1688 Devrimi'ne Liberalizmin Kurumsallaşması

Cumhuriyet rejiminin sona ermesinin ardından *II. Charles*'ın krallığı altında restorasyon dönemi adıyla anılan *Stuart* egemenliği 1660'ta yeniden başlamıştır[215]. 1688'e kadar uzanan bu dönem, esasen kralın değil büyük toprak sahipleri ile burjuvaziyi temsil eden parlamentonun başrolü oynadığı hâkim sınıfların devleti restorasyonudur[216]. Büyük toprak sahipleri ile burjuvazinin istikrar arayışının bir sonucu olarak tekrar kurulan monarşik yapıda her ne kadar *II. Charles* yürütme gücünü kendi elinde toplamayı tahayyül etmişse de krallık yetkisi politik bakımdan ölümcül bir darbe almış ve hiçbir

---

[215] AĞAOĞULLARI / ÇULHA ZABCI / ERGÜN, s. 134 - 135.

[216] HILL, 2016, s. 277. *Thompson*'a göre 1688 Devrimi ya da uzlaşısı 18. yüzyıl toplumunun biçimini ve karakteristik ilişkilerini tanımlamaktadır. Onun ifadesiyle aktarılacak olursa *"*[b]*u* [*u*]*zlaşma'nın, tarımsal burjuvazi için yönetim biçimi olduğu kabul edilirse, bunun Devlet iktidarının biçimi olduğu kadar, gelecek yüzyılın siyasal ve kültürel ifadelerini de belirleyecek olan üretim biçimi ve üretim ilişkileri olduğu da görülmektedir. Gerçekten de, bürokratik ve ussallaştırıcı işlevlerinde zayıf olsa da Devlet, üretimin bir yardımcı aracı olarak, ticari emperyalizmin yollarını açmada, kırsal alanlarda çitlemeleri yürürlüğe koymada, hem vergi, bankacılık ve destekleme işlevleriyle ve hem de daha açık bir biçimde kendi görevlilerinin asalakça sızdırmalarıyla, kendi başına muazzam güçlü ve etkiliydi, işte bu zayıflığın ve güçlülüğün özel bileşimi, yargıçlara ve yöneticilere rollerini dağıtan; kültürel hegemonya tiyatrosunu zorunlu kılan ve onun paternalist ve özgürlükçü metnini yazan; ahaliye protesto ve baskı uygulama fırsatı sağlayan; otoritelerle plepler arasındaki pazarlığın koşullarını ve bu pazarlığın ötesine geçilemeyecek olan sınırlarını belirleyen, yüzyılın bütün renklerinin içine katıldığı o "genel aydınlatma"yı sağlıyordu"*. THOMPSON E. P., **Avam ve Görenek - İngiltere'de Geleneksel Popüler Kültür Üzerine Araştırmalar**, (Çev. U. Kocabaşoğlu), 2. Bası, Birikim, İstanbul, 2016, s. 107 - 108.

zaman iç savaş öncesi *Stuart* krallarının uhdesinde bulunan bağımsız yürütme gücüne ulaşamamıştır[217]. Gerçekten de restorasyon döneminin asıl siyasal gücü, özellikle *II. Charles* ölüp *II. James*'in kral ilan edildiği 1685 yılına kadar[218], İngiliz kapitalizminin iktisadi anlamda hâkim sınıfları olan büyük toprak sahipleri ile zengin burjuvazidir. *II. Charles*'ın kral olmasıyla beraber, *Cromwell* döneminde Kralcılar'ın aleyhine olacak biçimde el değiştiren toprak mülkiyetinin eski hale getirilmesine ilişkin çeşitli düzenlemeler yapıldıysa da toprak mülkiyeti bir daha iç savaş öncesi duruma döndürülememiş ve pek çok mülk burjuvaların uhdesinde kalmaya devam etmiştir[219]. İktisadi iktidarı elinde tutan hâkim sınıflar restorasyon döneminde de siyasal iktidar üzerinde belirleyici ve etkili bir güce sahip olmayı sürdürmüşlerdir. Yeni düzende, yer yer parlamento ile kral arasında çatışma ve görüş ayrılıkları olsa da cumhuriyet rejimi deneyiminin yarattığı iktisadi ve siyasal istikrarsızlık ile hukuki belirsizliklerden kaynaklanan öngörülemezliklerin sebep olduğu krizlerin ardından temelde büyük toprak sahipleri ile burjuvazinin çıkarları doğrultusunda işleyen bir siyasal yapı tesis edilmiştir.

Restorasyon dönemiyle birlikte monarşi tekrar benimsendiyse de bir kez hâkim üretim biçimi haline gelen kapitalizm bütün hızıyla gelişimini sürdürmüştür. İç savaş öncesi feodal ilişkilerin etkisinde daha ilkel tarımsal faaliyetlerin yaygın olduğu bölgelerde dahi toprakların kiralanması, rant geliri ya da tarımsal üretimin iyileştirilmesi suretiyle piyasaya yönelik rekabetçi üretimin artırılması gibi iktisadi olgular ortaya çıkmış ve tarımsal kapitalizm zamanla bu yerlerde de hâkim üretim tarzı haline gelmiştir[220]. 1660 sonrasında yaşanan savaşlar dolayısıyla zaman zaman yavaşlamasına rağmen, kapitalizm gelişimini bilhassa sömürgelerle anakara arasında yürütülen ticari faaliyetlerin çoğalmasına paralel olarak devam ettirmiş, pek çok büyük şirkette aristokratlar etkinliklerini kaybederken tacir kapitalistler giderek güçlenmeye ve çıkarları doğrultusunda ülke içi ve dışı politikaların belirlenmesinde daha fazla söz sahibi olmaya başlamışlardır[221]. Benzer durum, 18. ve 19. yüzyılla karşılaştırıldığında daha küçük birikim düzeyinde olsa da -ucuz ve güvencesiz işgücünün artması sayesinde- sınaî üretimin yaygınlaş-

---

[217] AĞAOĞULLARI / ÇULHA ZABCI / ERGÜN, s. 135; DOBB, 1992, s. 158; HILL, 2015, s. 170.

[218] AĞAOĞULLARI / ÇULHA ZABCI / ERGÜN, s. 135.

[219] HILL, 2016, s. 251 - 252; DOBB, 1992, s. 159.

[220] HILL, 2016, s. 252 - 253.

[221] HILL, 2016, s. 268 - 269.

masında kendini göstermiş; kapitalist işverenler zenginliklerini ve sermayelerini aristokratik unsurlara kıyasla tedricen artırabilmeyi başarmışlardır[222].

İstikrarın ön planda olduğu bu düzen, sadece koyu Katolik olmakla kalmayıp selefleri *I. James* ve *I. Charles* gibi kralın Tanrısal hakları düşüncesini benimseyerek mutlak monarşiyi hedefleyen *II. James*'in kral olmasını müteakip sekteye uğramış ve Kral ile Parlamento arasındaki iktidar savaşları yeniden alevlenmiştir[223]. Fakat *II. James*'in tahta çıkmasının hemen ardından Parlamento'yu askıya alıp bir daha toplamaması, çeşitli askeri komutanlıklara Katolikler'i getirip onların her türlü idari hizmette bulunabilmesinin önünü açmak istemesi dönemin hâkim sınıfları arasında Kral'a yönelik memnuniyetsizlik ve muhalefeti hızla yaygınlaştırmıştır[224]. Veliahdı olmayan II. James'in 1688'de erkek çocuğunun doğmasının ardından taht için Katolik bir varisin ortaya çıkmasıyla Protestanlar'ın Kral'a yönelik muhalefeti doruk noktaya ulaşmıştır[225]. Parlamento içindeki iki zıt kutup olan kral yanlısı muhafazakâr *Tory* Partisi ile muhalif konumdaki liberal *Whig* partisi ortak hareket ederek[226] Kral'ın tahttan indirilip yerine Protestan olan kızı *Mary* ve eşi *III. William*'ın (*William of Orange*) geçmesi konusunda uzlaşmışlardır[227]. *II. James* bunu engellemek için Parlamento toplandığında Avam Kamarası'nda

---

222 HILL, 2016, s. 258 - 261.

223 MOSCA, s. 148; AĞAOĞULLARI / ÇULHA ZABCI / ERGÜN, s. 135 - 136; WOOD, 2012, s. 285; DAVIES, s. 676.

224 HILL, 2016, s. 249 ve 292; BLACK, 2020, s. 275 - 276.

225 AĞAOĞULLARI / ÇULHA ZABCI / ERGÜN, s. 136; MOSCA, s. 148.

226 *Sabine*'e göre 1688 Devrimi burjuvazi ve aristokrasinin Protestan bir kral konusunda uzlaşmasının ötesinde *Cromwell* döneminin yarattığı deneyimden çıkarılan dersler doğrultusunda cumhuriyetçiliğe ilişkin hayallerin de tamamen ortadan kalkmasını simgelemektedir. İngiltere artık parlamento tarafından denetlenen hatta tamamen onun kontrolünde bir monarşi olacaktır. Bu yönetim biçimi halkın geniş kısmının yönetsel mekanizmalardan dışlandığı suiistimalci bir sınıf yönetimi olsa da kendine özgü bir temsil düzenine dayanıyor ve dönemindeki diğer ülkelerle kıyaslandığında daha liberal bir siyasi ortama tekabül ediyordu. SABINE, s. 203.

227 AĞAOĞULLARI / ÇULHA ZABCI / ERGÜN, s. 136; HILL, 2016, s. 250, 315 ve 338; MOSCA, s. 148. *Şenel*'e göre İngiliz Devrimi ve İngiliz burjuvazisinin yöntemi yaklaşık bir yüzyıl sonra gerçekleşecek Fransız Devrimi ve Fransız burjuvazisinin devrimci eylemciliğiyle kıyaslandığında çok daha az ihtilalci bir görünüm arz etmektedir. İngiliz burjuvazisi uzlaşmacı ve evrimci bir yolu seçmiştir. Bu tür bir tercihte bulunmasının temel nedenleri ise öncelikle pek çok aristokratın dokuma mallarına dayanan bir sanayinin canlandırdığı yün ticareti sayesinde burjuvalaşması ve kapitalist zihniyetle tanışmasıdır. Bunun neticesinde özellikle yün ticareti ile zenginleşen bu kapitalistleşmiş sürü sahibi aristokratlar, feodal yanı ağır basan geleneksel aristokrasi ile burjuvazi arasında aracı olmuşlar ve olası çatışmaların azaltılmasında önemli rol oynamışlardır. ŞENEL Alâeddin, **Çağdaş Siyasal Akımlar - Liberalizm Anarşizm Sendikalizm Sosyalizm Faşizm Demokrasi Diktatörlük Teokrasi**, İmaj, Ankara, 1998, s. 24 - 25.

Katolikler'in yer almayacağını ve diğer önemli Katolik kamu görevlilerinin işlerine son verileceğini taahhüt etmişse de bu vaatleri ciddiye alınmamış ve taht el değiştirmiştir[228]. Hollanda ordusu ile İngiltere'ye gelen *III. William*, *II. James*'in 11 Aralık 1688'de tahtı bırakıp Fransa'ya kaçmasına izin verilmesinin ardından Parlamento'nun önerisi ile 13 Şubat 1689'da İngiltere tahtına çıkmıştır[229]. "1688 Şanlı Devrimi" ya da "1688 Kansız Devrimi" olarak adlandırılan bu süreç, kral ile parlamento arasındaki iktidar mücadelelerinin dönüm noktalarından birini simgeler. 1688 Devrimi ile İngiliz burjuvazisi, parlamentonun üstünlüğüne dayanan bir siyasal yapıyı anayasal eksende güvenceye alacak hukuksal düzenlemeleri gerçekleştirmek üzere adımlar atmış, örneğin 1689 tarihli *Bill of Rights* ile iktidarda daha çok söz sahibi olmaya başlamıştır.

Bill of Rights, kralın yasaları ilga yetkisini kısıtlayarak yasama gücünü tamamen parlamentoda toplamış; kralın parlamentodan onay almadan vergilendirmeye ilişkin düzenlemeler yapma, askeri güç oluşturma imkânını ortadan kaldırmış ve kişilerin keyfi olarak tutuklanmasını yasaklayıp mahkeme önüne çıkarılmasını güvence altına alan 1679 tarihli *Habeas Corpus Act*'i[230] anayasal güvenceye kavuşturmuştur[231]. Bu bildirgeyle ayrıca, kişiler için olağanüstü mahkemelerin kurulamayacağı; parlamentonun sürekli toplantıya çağrılacağı; seçimlere müdahale edilmeyeceği; parlamentoda tartışma ve ifade özgürlüğünün hiçbir biçimde sınırlanamayacağı ile dilekçe hakkı gibi hususlar da anayasal güvence altına alınmıştır[232]. *Bill of Rights*'ın ardından

---

228 HILL, 2016, s. 250.

229 AĞAOĞULLARI / ÇULHA ZABCI / ERGÜN, s. 136; HILL, 2016, s. 250.

230 *II. Charles* döneminde, 1679 yılında kabul edilen *Habeas Corpus Act* ile önemli bazı kişi hak ve özgürlükleri yasal teminat altına alınmıştır. Buna göre tutuklanan kişiye kendisinin ne ile suçlandığı hususunun yirmi dört saat içinde yazılı olarak bildirilmesi zorunluluğu getirilmiş ve vatana ihanet ya da bazı çok ağır suç isnatları dışındaki tutuklamalar haricinde kefaletle serbest bırakılma hakkı tanınmıştır. Ayrıca tutuklanmanın ardından yirmi gün içinde jürili bir mahkemeye çıkarılma güvencesi verilmiştir. Yine kişiye *Habeas Corpus* ile sağlanan güvencelerin çiğnenmemesi için polis, yargıç veya infaz görevlisinin gerektiğinde tazminat ödemeye mahkûm edilebileceği düzenlenmiştir. Kısaca bu yasa ile bireye, kişisel bütünlüğünün ve dokunulmazlığının korunması talebini her çeşit otoriteye karşı ileri sürebilme imkânı sağlanmıştır. Habeas Corpus Act 1679, http://www.legislation.gov.uk/aep/Cha2/31/2/contents (Erişim Tarihi: 14.02.2020); MOSCA, s. 147; PLUCKNETT, s. 57 - 58; ZABUNOĞLU Yahya Kazım, **Devlet Kudretinin Sınırlanması**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, 1963.

231 BEAUD, s. 47; AĞAOĞULLARI / ÇULHA ZABCI / ERGÜN, s. 136.

232 MOSCA, s. 149; Bill of Rights, http://www.legislation.gov.uk/aep/WillandMarSess2/1/2/contents, (Erişim Tarihi: 10.02.2020).

1694 tarihli *Triennial Act* (Üç Yıllık Yasa) kabul edilmiş; bu düzenleme ile esasen "Uzun Parlamento" döneminde yaşanan durumun bir daha tekrarlanmaması için en az üç yılda bir seçimlerin yapılması ve parlamentonun en az üç yılda bir toplanması zorunluluğu öngörülmüştür[233]. Devrim sonrası İngiltere'sinin siyasi ve hukuki düzenine ilişkin bir diğer önemli düzenleme 1701 yılında çıkarılan *Act of Settlement*'dır (Veraset Yasası)[234]. Bu yasa hukuk aracılığıyla siyasal alanın dizayn edilmesinin somut örneklerinden biri olduğu gibi hukuk ile politikanın karmaşık ilişkisinin bir sonucu olarak hukukun siyasal çıkarlar ve hedefler doğrultusunda nasıl araçsallaştırılabildiğinin de açık bir göstergesidir. *Act of Settlement* ile parlamentonun yetkileri bakanlar da dâhil olmak üzere güçlendirilerek monarşinin nüfuz alanı sınırlandırılmak istenmiş, ayrıca tahta çıkış kuralları düzenlenerek taht için Protestan olma şartı getirilmiş ve böylelikle Katolik bir varisin kral olmasının önüne geçilmiştir[235].

Devrim sonrasında hem hukuken hem uygulamada kralın yetkilerinin sınırlandırılmasının en somut tezahürü kanunları veto yetkisinde ortaya çıkmıştır. Örneğin *III. William* 1696'ya kadar sonradan yasalaşacak altı kanunu, halefi *Anne* ise sadece 1708 yılında bir yasayı veto etmiş ancak kraliyet vetosu bir daha hiç kullanılmamıştır[236]. Aktarılan süreçten de görüleceği

---

[233] MAITLAND F. W., **The Constitutional History of England: A Course of Lectures Delivered**, The Lawbook Exchanges, New Jersey, 2001, 296; Meeting of Parliament Act 1694, http://www.legislation.gov.uk/aep/WillandMar/6-7/2/contents; (Erişim Tarihi: 18.02.2020). Bu düzenleme 1715 yılına kadar yürürlükte kalmış, 1715 tarihli *Septennial Act* (Yedi Yıllık Yasa) ile parlamentonun seçimlerinin süresinin en fazla yedi yıla kadar uzatılabilmesi imkânı tanınmıştır. Septennial Act 1715, http://www.legislation.gov.uk/apgb/Geo1St2/1/38/contents (Erişim Tarihi: 18.02.2020).

[234] *Act of Settlement* krallar için Protestanlık şartını getirmesinin yanı sıra savaş ilanı için parlamentonun onayı, kralın parlamento üzerindeki etkinliğini sınırlamak için maaşlı krallık memurlarının Avam Kamarası üyesi olabilmesinin yasaklanması, Avam Kamarası tarafından suç ithamında bulunulup Lordlar Kamarası'nca yargılanıp suçlu bulunan bakanların kral tarafından affedilemeyeceği ya da parlamentonun izni olmadan kralın İngiltere'den ayrılamayacağı - kralların yurtdışına çıkışını parlamentonun iznine bağlayan düzenleme kısa süre içinde yürürlükten kaldırılmıştır- gibi bir dizi düzenlemeyi barındırıyordu. Act of Settlement (1700), https://www.legislation.gov.uk/aep/Will3/12-13/2, (Erişim Tarihi: 10.02.2020); OKANDAN, s. 256; PLUCKNETT, s. 60 - 61.

[235] Act of Settlement (1700); HILL, 2016, s. 340; LIPSON, s. 291; MOSCA, s. 150. *Engels*'e göre bu dönemdeki düzenlemeler, *Whig*'lerin doğrudan mutlakiyetçi monarşiye, açık veya gizli Katolikliğe ve *Tory*'lere karşı aldıkları önlemlerdir. ENGELS Friedrich, "The Condition of England II the English Constitution", (Çev. C. Upward), **Marx & Engels Collected Works, Vol. 3, Karl Marx March 1843 - August 1844**, Lawrence & Wishart, 2010 (b), s. 491.

[236] HILL, 2016, s. 340.

üzere 1688 Devrimi'ni müteakip kralların yönetsel yetkileri büyük oranda sembolik hale getirilerek mutlakiyetçilik riski tamamen ortadan kaldırılmak istenmiş, yasama yetkileri bakımından parlamento ve esasen de Avam Kamarası güçlenmiştir. *Engels*'e göre 19. yüzyılın en zengin ve güçlü ülkesi olan İngiltere, krallara karşı despotizm korkusuyla verilen ve 18. yüzyılın ilk yarısında ulusun eğitimli sınıflarının zaferiyle tamamlanan bir mücadelenin ardından, bu zenginlik ve gücün tek bir despotun elinde tutulabilmesi imkânını ortadan kaldırarak Kuzey Amerika dışında dünyanın tartışmasız en özgür ülkesi haline gelmiştir[237]. Böylece İngiltere gerçek anlamda bir anayasal monarşi ile yönetilmeye başlamıştır. İktidar ve kamu yönetimi, başta büyük burjuvazi olmak üzere toprak sahibi aristokratlar ve kral arasında belirli bir güç dengesine göre paylaşılmıştır. Söz konusu paylaşımın sürekliliği genel nitelikli ve objektif hukuki düzenlemelerle sağlanmak istenmiş; bunun için de öngörülebilir yargısal süreçler ve hukukun üstünlüğü ilkelerinden hareketle kapitalizmin ihtiyaç duyduğu belirlilik pekiştirilmeye çalışılmış ve mülkiyet hakkı ile sözleşme özgürlüğü güvence altına alınmıştır. Kapitalist üretim tarzının gelişmesi ölçüsünde bu siyasal güç paylaşımından uzun vadede en kârlı çıkacak sınıf olan burjuvazi, sahip olduğu ekonomik iktidarı sürekli bir biçimde siyasal ve hukuksal mekanizmaları kullanarak sağlamlaştırıp kalıcı hale getirebilmeyi de başarmıştır.

Ortak hukuk 19. yüzyıla kadar feodalizmden miras kalan bazı öğeleri taşımaya devam etse de, 1688 Devrimi'nin hukuk kuralları ile yargısal süreçlerin modernleşmesine imkân sağlayarak hukuksal alanın yeniden biçimlenmesi sonucunu doğuran bir takım önemli etkileri olmuştur. Örneğin 1701 tarihli *Act of Settlement*'ın yargıç bağımsızlığını sağlamaya dönük önemli hükümlerinden biri, yargıçların sabit maaş güvencesine kavuşturulması ve görevi kötüye kullanma gibi bir isnat nedeniyle ancak kralın talebi ve ardından parlamentonun her iki kanadının da onayı ile suçlu kabul edilmeleri halinde görevlerinden alınabileceklerini düzenleyen yargıçlık teminatlarıdır[238]. Yine ortak hukukun dava açabilmeye yönelik prosedürleri basitleştirilerek usul hukukuna ilişkin modern kurallar benimsenmiş, ticaret hukukunu ilgilendiren konularda ortak hukukun katı kuralları, yerini, ticari teamüllerin

---

[237] ENGELS, 2010 (b), s. 489.

[238] Act of Settlement (1700); KLERMAN Daniel M. / MAHONEY Paul G., "The Value of Judicial Independence: Evidence from Eighteenth Century England", **American Law and Economics Review**, S. 7-1, 2005, s. 9; PLUCKNETT, s. 61; HILL, 2016, s. 353; OKANDAN, s. 256.

ışığında karar verilebilmesini mümkün kılan yeni düzenlemelere bırakmıştır[239]. *Cromwell* döneminden başlamak üzere hukuk düzeninde ortaya çıkan bu dönüşüm, aslında *Weber*'in de belirttiği üzere Püriten ve *Whigs* rasyonalizmi tarafından onaylanan yasa kavramı ve hukuk düşüncesinin Roma hukukuna dayanan kaynaklardan beslenmesiyle yakından ilgilidir[240]. Bu rasyonalite, İngiliz hukuki düzenini ortak hukukun dışında Roma hukukundan da yararlanarak, gelişen kapitalizmin ekonomi - politiğinin zorunluluklarını karşılayabilecek bir güçle donatmaya, böylece feodal hukuki kalıntıları tasfiye ederek hukuksal yapıları burjuva sınıf egemenliğinin çıkarlarıyla paralel biçimde yeniden düzenlemeye yönelmiştir.

Rekabetçi serbest piyasa ile liberal siyasal düzenin ihtiyaç duyduğu bu kurallar sadece özel hukukla sınırlı kalmayıp ceza hukukunu da içeren ve ilk etapta burjuva sınıfsal çıkarları koruyacağı düşünülen sert düzenlemeleri de beraberinde getirmiştir. Örneğin aristokratların borçları nedeniyle tutuklanmalarını engelleyen düzenlemeler kaldırılmış ve bu yönüyle ayrıcalıklarına son verilmiştir[241]. Buna karşın mülkiyete ve mala karşı suçlar için öngörülen cezalar ağırlaştırılmış, örneğin dükkânlardan yapılan hırsızlıklar ya da kiracıların oturdukları evlerden eşya çalması gibi basit hırsızlık suçları için dahi idam cezası öngörülmüştür[242]. Restorasyon döneminin başlangıcından Kral *III. George*'un 1801'deki ölümüne kadar idam cezası öngören 190 farklı suç kategorisi düzenlenmiş, küçük hırsızlığın yanı sıra özellikle dokuma tezgâhlarına yönelen makine kırıcılık, çitlenmiş ortak alanlardaki çitleri yıkmak ya da buğday yığınlarını yakmak idamla cezalandırılır hale gelmiştir[243]. Ceza hukukuna ilişkin bu düzenlemeleri, genel olarak hukukun iktisadi, siyasal ve toplumsal yapılarla olan ilişkisinden soyutlayarak düşünmek mümkün değildir. Maddi üretim alanı ve toplumsal hayata dair radikal dönüşümlerin toplumsal yapıda yaratabileceği kargaşa ihtimali, hukuk aracılığıyla toplumsal ilişkilerin egemen sınıfların çıkarları doğrultusunda yeniden biçimlendirilmesi ve toplumsal yaşamın kontrol altında tutulması suretiyle önlenmek isteniyordu. İngiltere'de Devrim sürecini müteakip gerçekleştirilen bu yasal düzenlemeler de ekonomi politik sistemin değişen yüzünün toplumsal ve

---

239 HILL, 2016, s. 354.

240 WEBER, s. 133.

241 HILL, 2016, s. 353.

242 HILL, 2016, s. 353.

243 THOMPSON E. P., **İngiliz İşçi Sınıfının Oluşumu**, (Çev. U. Kocabaş), 4. Bası, Birikim, İstanbul, 2015, s. 99.

hukuksal alana yansımalarıdır. Ceza kanunu olmadan başta medeni kanun olmak üzere özel hukukun uygulanabilirliğinden söz edilemeyeceği için[244] cezalandırmaya ilişkin bütün bu düzenlemeler, *Pasukanis*'in genel tespitini haklı çıkarır biçimde, ceza hukukunun sömürülen sınıfların kapitalist meta mübadelesi ilişkileri içinde kontrol edilebilmeleri için ihtiyaç duyulan güvenlik mekanizmalarını sağlayan bir araç olarak kullanılması düşüncesiyle ve böylece burjuva sınıf egemenliğinin pekiştirilmesi amacıyla gerçekleştirilmiştir[245]. Dolayısıyla ceza hukukuna ilişkin bu düzenlemeleri, dönemin hâkim üretim tarzı haline gelen kapitalizmdeki özel mülkiyet hakkının kutsallığına atfedilen "değer"den hareketle analiz etmek gerekir. Statülere dayanan mülkiyet sahipliği anlayışından mülkiyetin özgür sözleşme formlarında serbestçe el değiştirebildiği piyasa düzenine geçiş ve toprağın belirli ellerde toplanmasıyla geniş kitlelerin giderek proleterleşmesinin yarattığı büyük toplumsal altüst oluş kamusal düzenin egemen sınıfların menfaatlerini koruyacak biçimde sert düzenlemelerle teminat altına alınması ihtiyacını doğurmuştur. Bu nedenle mülkiyete ya da üretim araçlarına dönük saldırılarla bağlantılı fiiller mülksüzler ya da alt sınıflardan doğrudan devlete veya toplumsal yapıya yönelen açık tehditler olarak görülmüş ve sözü edilen davranışları idama varan çok ağır cezai yaptırımlarla engellemeyi amaçlayan bir suç ve ceza politikası oluşturulmuştur.

1688 Devrimi'nin İngiliz hukuk düzeni üzerindeki sonuçlarının sadece yeni yasal düzenlemelerle sınırlı kaldığı düşünülmemelidir. Aşağıda ele alınacağı üzere 1688 Devrimi feodalizm karşısında kapitalist üretim tarzının hâkimiyetinin bir sembolü olduğu kadar İngiliz modern devletinin oluşumunun da miladıdır. Bunun yanı sıra liberal hukuk anlayışı ile hukuksal liberalizmin belirmesi anlamında modern hukuk düşüncesinde de bir dönüm noktasıdır. Hukuk, Devrim'den sonra ideolojik bir fonksiyon kazanmış; kendisine yüklenen misyonla, siyasal iktidarın işlem ve eylemlerinin yegâne meşruiyet ölçütü haline gelmiştir. Böylece hukukun modern devletle özdeşleşen ve günümüzde de hala benzer nitelikler gösteren pek çok işlevinin ortaya çıkması onun toplumsal yaşam üzerindeki etkinliğini de artırmıştır. Dolayısıyla bu bölümde son olarak 1688 Devrimi ve sonrasında hukuk olgusunun ekonomi politik düzenle karşılıklı ilişkisi ve etkileşimleri meselesi sözü edi-

---

[244] ALTHUSSER, 2005, s. 89.

[245] PASUKANIS Evgeny B., **Genel Hukuk Teorisi ve Marksizm**, (Çev. O. Karahanoğulları), Birikim, İstanbul, 2002, s. 183, 186; HUNT Alan, **Explorations in Law and Society - Towards a Constitutive Theory of Law**, Rotledge, New York, 1993, s. 81.

len nedenlerle sınırlı bir biçimde, 1688'in ardından ekonomik ve politik yapıda ne gibi değişiklikler olduğuna işaret edilerek ele alınacaktır.

1688'in ekonomik yapıya yansıyan temel sonucu tarımın, ticaretin ve sanayinin hızla kapitalistleşeceği ve sermaye birikiminin önündeki hukuksal engellerin teker teker kaldırılıp rekabetçi serbest piyasa düzeninin özgürce işlemesini mümkün kılacak "hür teşebbüs" ortamın yaratılmasıdır. Bu öncelikle maddi üretim alanında yaşanan bir dönüşümdür. Örneğin toprağın 16. yüzyıldan itibaren belirli kişilerin elinde toplanması Devrim sonrasında da artarak sürmüş, hatta devlet topraklarının düşük fiyatlarla satılarak özel mülk haline getirilmesi ve bu topraklar üzerinde kapitalist çiftlikler kurulması yeni bir toprak oligarşisi de yaratmıştır[246]. Küçük ve orta ölçekli serbest çiftçilik yerini büyük ve endüstrileşmiş tarımsal ve hayvansal üretime bırakırken bilhassa çitleme faaliyetleri büyük kiracı çiftçilerin küçük kiracıları proleterleştirmesiyle sonuçlanmış; keza topraksız ya da küçük toprak sahibi pek çok köylü kırsalda işsiz kalarak şehirlere göç etmeye ve İngiliz sanayi kapitalizminin ucuz iş gücü kaynağı haline gelmeye başlamıştır[247]. Bu süreçte ticaretin serbestleşmesi yönünde benimsenen tutum her yerde egemen olmuş, parlamento ve mahkemeler serbest ticareti engelleyen şehir tüzel kişiliklerinin ayrıcalıklarına müdahalede bulunarak serbest piyasa ekonomisinin "özgürce" işlemesinden yana tavır almışlardır[248]. Gerçekten 1688 Devrimi'yle birlikte parlamentonun egemen güç konumuna gelmesinin diğer bir etkisi, burjuvazinin ekonomi politik iktidarının güçlenerek İngiltere'nin tarımsal kapitalizmle başlayıp ticari kapitalizme evrilen ve nihayetinde sanayi kapitalizminin temellerini oluşturacak toplumsal iktisadi pratiklerinin hızla

---

[246] MARX, 2011, s. 695 - 696. *Hobsbawm*'a göre 1660'dan 1750'ye uzanan süreçte çok güvenilir istatistikler olmamakla birlikte toprakların az sayıda büyük toprak sahibinin elinde toplanması eğilimi sürmüştür. Örneğin 1750'ye gelindiğinde İngiliz toprak mülkiyeti ağırlıklı olarak birkaç bin büyük toprak sahibinde temerküz etmiştir. Bu büyük toprak sahiplerinin arazilerini kiralayan on binlerce kiracı, kiracıların topraklarında ücret karşılığı çalışan yüz binlerce tarım işçisi, uşaklar ve sahip oldukları topraklar geçinmelerine yetmeyen küçük mülk sahipleri vardı. Tarımsal kapitalizmin bu gelişmişlik seviyesi önemli bir para ekonomisinin ve para karşılığında satış sisteminin sürekli olarak işleyebilmesini sağlıyordu. HOBSBAWM, s. 27 - 28.

[247] HILL, 2016, s. 330; BIERMANN Werner / KLÖNNE Arno, **Kapitalizmin Suç Tarihi**, (Çev. B. Özçelik), Phoenix, Ankara, 2007, s. 71; MARX, 2011, s. 697 - 704; ENGELS, 1997, s. 340 - 342. *Dobb*'a göre feodalizmden kapitalizme geçiş sürecinde köylünün kırsaldan şehre göçünde kentlerdeki pazarların ve ticaretin gelişimin önemli bir rolü olmakla birlikte, bu göçte belirleyici unsur, bağlı durumdaki köylü ile toprak sahibi arasındaki sömürü ilişkisinin özel karakterinden kaynaklanmaktadır. DOBB Maurice, "Bir Cevap", **Feodalizmden Kapitalizme Geçiş Süreci**, (Çev. Ç. Yetkin), 2. Bası, May, İstanbul, 1974, s. 63 - 64.

[248] HILL, 2016, s. 327.

gelişeceği 18. yüzyıl liberal paradigmasını biçimlendirmesidir. Maddi üretim alandaki bu dönüşümü düşünsel alandaki zihniyet değişiminin yaygınlaşması takip etmiştir. Liberal iktisat teorisyenlerinin de katkısıyla "bırakınız yapsınlar, bırakınız geçsinler" felsefesi hâkim anlayış biçimi haline gelmeye başlamıştır. *Homo economicus*'la özdeşleşen, kapitalizmle uyumlu bir müteşebbis mantığı rasyonel insan davranışının ölçütü sayılmış, feodaliteden kalan bütün patriarkal düşünüş ve davranış kalıpları geçerliliklerini yitirirken bireyci ve kendi çıkarlarını maksimize etmeye yönelmiş bir zihniyet biçimi toplumsal alanda hızla yaygınlaşmıştır.

1688 Devrimi'nin çalışma konumuzu doğrudan ilgilendiren ikinci boyutu günümüzün modern devlet yapılarının biçimlenmesine de etki eden siyasal alandaki uzun dönemli sonuçlarıdır. Gerçekten 1688 Devrimi yalnızca İngiltere bakımından değil, başta 1789 Fransız Devrimi olmak üzere burjuva siyasal hâkimiyetinin kurumsallaşmasında önemli bir dönüm noktasıdır. İngiltere'de iç savaş, cumhuriyet, restorasyon ve 1688'e uzanan süreç 1789 Devrimi'nin kendi gelişim çizgisiyle karşılaştırıldığında ciddi farklılıklar barındırıyorsa da, her iki devrim örneğin *Cromwell*'den *Robespierre* ve *Napolyon*'a ya da Presbiteryenler, Bağımsızlar ve Eşitçilikler'den Jironden, Montanyar, Hebertist ve Babeufcular'a kadar birbirleriyle ilişkilendirilebilecek pek çok benzerlik de içermektedir[249]. İngiliz Devrimi kapitalistleşen bir iktisadi sistemde siyasal ve hukuksal yapının üretim tarzının gereklilikleri doğrultusunda zorunlu dönüşümünün ilk modern örneğidir. Bu devrimin günümüz modern devletinin ve liberal hukuk düzeninin temellerini atması itibariyle daha geç kapitalistleşen ülkeler nezdinde de önemli etkileri olmuştur. Başka bir ifadeyle yeni hukuki ve politik düzen sadece İngiliz siyasal yaşamında mutlakiyetçi devlet idealinin tamamen ortadan kalkmasıyla sınırlı sonuçlar doğurmamış[250], iktisaden kapitalistleşen pek çok ülkenin siyasal ve yönetsel mekanizmalarının dönüşümünde, özellikle parlamenter yapıların

---

[249] ENGELS Friedrich, "The Condition of England I the Eighteenth Century", (Çev. C. Upward) **Marx & Engels Collected Works, Vol. 3, Karl Marx March 1843 - August 1844**, Lawrence & Wishart, 2010 (a), s. 472 - 473.

[250] *Wood*'a göre 1688 Devrimi parlamentonun üstünlüğünün sağlanması açısından önemli bir tarihsel aşama olsa da bir yönüyle İngiliz siyasal sistemi açısından *Stuart* monarşisi öncesine geri dönüş olarak kabul edilebilir. *Stuart*lar iktidarlarını Kıta Avrupası örneklerine benzer biçimde kralın mutlak egemenliğinin tüm siyasal yapılar üzerinde hâkim olduğu bir toplumsal düzen ekseninde kurmak istemişler fakat aristokrasiden burjuvaziye iktisadi anlamda kapitalistleşmeye başlamış İngiliz toplumu bu tür bir katı mutlakiyetçi devlete şiddetle karşı çıkmıştır. Bu muhalefet nihayetinde parlamento ile monarşinin güçleri arasında parlamento lehinde bir genişlemenin imkânını sağlamıştır. WOOD, 2012, s. 32.

biçimlenmesi ile liberal haklara dayanan anayasacılık geleneğinin benimsenmesinde örnek bir model haline gelmiştir. 1688'in hukukun üstünlüğüne dayanan anayasal modern devletin ortaya çıkması anlamında iktisadi alandan siyasal alana veya oradan hukuksal düzene yansıyan pek çok önemli sonucu olmuştur.

1688 Devrimi'nin çalışma konusuyla olan bağlantısı kendisini hukuk düşüncesi ve hukuksal düzen üzerinde günümüze kadar ulaşan uzun erimli etkilerinde göstermektedir. Devrim'in hukuksal alana yansıyan ilk aşamadaki sonuçları bilhassa egemenliğin ve iktidarın paylaşılması, paylaşımın hukuki altyapısının belirlenmesi, yasama faaliyetini yürütecek parlamentonun seçim ve toplantı usulüne ilişkin kurallara karar verilmesi ve halkın parlamento aracılığıyla temsiliyetinin ne ölçüde sağlanacağı gibi hususların düzenlenmesine yönelik olmuştur. Öncelikle belirtmek gerekir ki 1688'in ardından ortaya çıkan düzen, hiçbir zaman halk egemenliğini amaçlayan bir siyasal yapıyı ve onun hukuksal gerekliliklerini karşılamayı hedeflememiştir. Gerçekten burjuvazi geniş halk kitleleriyle tam bir dayanışma ya da kitlesel bir yurttaş demokrasisi yerine hâlâ iktisaden güçlü olan aristokrasiyle işbirliğini tercih etmiş; parlamentonun kontrolünü, üyeliklere ilişkin özel kurallar getirmek ve temsilcilerin seçiminde eski bölgesel teamülleri temel kıstas kabul etmek suretiyle sayıları yaklaşık elli bin civarında olan az sayıdaki büyük mülk sahibinin tekeline bırakmıştır[251]. Kurulan yapı özünde halk egemenliğinden ziyade temsilcileri burjuvazi tarafından belirlenen bir parlamento egemenliği biçimine bürünmüştür[252]. Dolayısıyla 1688 Devrimi'nin

---

[251] BEAUD, s. 47; LIPSON, s. 292; SARICA, s. 64.

[252] İngiltere'de 19. yüzyılın ortalarına kadar parlamentodaki temsil anlayışında halk egemenliği düşüncesinin söz konusu olmadığını belirtmek gerekir. Hatta İngiliz anayasal belgelerinde bu kavramlar hâlâ yoktur. Keza 1911 yılına kadar Avam Kamarası'na seçilenlere ayrıca maaş verilmediği göz önüne alındığında, parlamento üyelerinin pratikte belirli bir ekonomik güce sahip olma zorunlulukları daha açık biçimde ortaya çıkmaktadır. İngiliz parlamenter düzeni içinde temsilcilerin seçmenlerine karşı bağımsızlığı anlayışı kabul edilerek seçmenlere hesap verme zorunluluğu kaldırılmış ve görev süresi boyunca hiçbir biçimde kontrol edilemeyen temsilciler iktisaden egemen sınıfın çıkarlarını kollamışlardır. Temsilcilerin seçimi konusunda asıl söz sahibi olan burjuvazi aynı zamanda iktisadi üstünlüğüne paralel bir temsil anlayışıyla kendi sınıfsal çıkarlarının gerekliliklerini başarıyla hayata geçirmiştir. Bu durumun en büyük sebebi 19. yüzyılın ilk çeyreğinde dahi İngiltere'deki yetişkin nüfusun ancak %5'inin seçmen statüsüne sahip olabilmesidir. 1688 ve sonrasında yasama gücünü büyük oranda ele geçiren burjuvazinin temsil konusunda bölgesel teamül kurallarını ön plana çıkarması bu sebepledir. Örneğin işçi sınıfının çoğunluğu oluşturduğu ve nüfusu yüz binin üzerinde olan Manchester, Leeds, Birmingham gibi şehirlerin 1832 yılına kadar Avam Kamarası'na temsilci gönderebilmesi bölgesel teamül kurallarına uyma zorunlulukları dolayısıyla mümkün olmamıştır. Oysa bu üç kent *Cromwell* dönemindeki 1653 tarihli düzenlemeyle restorasyon döneminin başı-

hukuksal alana yansıyan ilk sonuçları, özellikle hukuk ile politika ilişkisinin girift hale geldiği -yasama ve yürütmeye ilişkin hukuki düzenlemeler başta olmak üzere- yönetsel konularda ve devletin idari aygıt ve mekanizmalarının yeniden tesisi hususlarında, hukukun, büyük mülk sahibi sınıfların iktidarını koruyup çıkarlarını maksimize edecek şekilde araçsallaştırılarak kullanıldığını göstermektedir.

Bu devrim ile alt ve orta sınıflar ile kadınları kapsayan, herkesin katılımına dayanan bir demokratik yapının kurulması amaçlanmış değildir. Aksine kurulan sistem, yasal düzenlemelerin içeriğini öncelikle burjuva siyasal sistemi korumak ve yoksul halkın hukuksal mekanizmalar aracılığıyla ekonomik sömürüsüne meşru bir görünüm kazandırarak hâkim sınıfın iktisadi çıkarlarını sürdürmek ekseninde belirlemiştir. Bu olgu, çalışmada incelenen tarihsel kesitteki iktisadi, politik ve hukuksal olaylar hukukun ekonomi politik analizi çerçevesinde değerlendirildiğinde açık biçimde ortaya çıkmaktadır. O halde 1688 Devrimi ve sonrasındaki süreç analiz edildiğinde, hukukun genel işleyiş tarzının düzeni korumak ve meşrulaştırmak biçiminde ortaya çıktığı görülür. Bütün bu aşamalarda hukuk, ekonomi politik yapıların süreğen biçimde yeniden üretilebilmesinde ideolojik bir aygıt olarak benzersiz bir fonksiyon üstlenmiştir.

1688 sonrası kurulan düzen, geniş kitleleri temsil sürecinden dışlayan hâkim sınıflar ile kral arasındaki uzlaşıya dayalı olup iktidarın paylaşımını söz konusu uzlaşmanın taraflarıyla sınırlandırmış ve siyasal yönetim bu paylaşım çerçevesinde somutlaşmıştır. Hukuksal düzenin ve egemenlik ilişkilerinin burjuvazi ile aristokrasinin ortaklığına dayanan sınıfsal bir çıkar birliğinde kurulması, çalışma boyunca tarihsel gelişim süreçlerinde karşımıza çıkan bir olgu olarak iktisadi iktidarı elinde tutan gücün öncelikle siyasal iktidar üzerinde eşit hak talebiyle pay isteyerek onu kontrol etmeye çalışmasının, bunu başardığı an ise siyasal kazanımlarını hukuki kazanımlarla güvence altına almaya yönelmesinin de bir diğer örneğini oluşturur. Hukuk

---

na kadar, temsil hakkına kavuşturulmuş yerlerdi. Restorasyonla kaldırılan bu hak, 1688 Devrimi'nin ardından da işçi sınıfının yoğun yaşadığı bu kentlere tekrar verilmemiştir. Ancak 1832 yılında geleneksel seçim esasları değiştirilerek seçim çevreleri yeniden düzenlenmiş ve böylece seçmen oranı %7'ye kadar çıkartılabilmiştir. Daha sonra 1867, 1872 ve 1884 düzenlemeleriyle aşamalı olarak seçmen sayısı artırılmış ve %28'e ulaşabilmiş; 1918'de bütün yetişkin erkeklere ve 30 yaşını dolduran kadınlara oy hakkı tanınmış; 1928'de seçmen yaşı herkes için 21 ve daha sonra 1969'da 18 olarak belirlenmiştir. Dolayısıyla 1688 sonrası oluşan parlamenter rejimin bütün halk kitlelerini kapsayan demokratik bir niteliği bulunmamaktadır. SARICA, s. 63 - 68; EROĞUL, s. 4 - 5 ve 57; BLACK, 2020, s. 265 ve 269.

vasıtasıyla güvence sağlamaya eşlik eden diğer bir olgu, hukukun belirli bir aşamadan sonra sadece egemen sınıfın konumunu korumakla sınırlı kalmayan ama onun çıkarlarının maksimize etmeye yönelen biçimde araçsallaştırılmasıdır.

Özel hukukta mülkiyet hakkından meta mübadelesi süreçlerine, ceza hukukunda emekçi sınıflar başta olmak üzere yoksul halkın kontrol altında tutulmasından sisteme itaatlerinin eksiksiz biçimde sağlanmasına, idare ve anayasa hukukunda tahta çıkış kurallarından parlamentonun toplanma usulünün belirlenmesine kadar hukuk düzenince korunan genel menfaat, siyasal erki ele geçirip egemen konuma yükselen, böylece hukuk kurallarının içeriğiyle kendi sınıfsal imtiyazlarını meşrulaştırmaya yönelen iktidar sahiplerinin ekonomi politik çıkarlarıyla büyük ölçüde özdeş olmuştur. İngiltere'de Devrim sonrasının hukuk düzenini de siyasal alandaki egemen unsurun değişiminin yarattığı siyasal paradigma farklılaşmasının hukuksal alana yansıyan sonuçlarının dışında açıklamak mümkün değildir. Devrim'e kadar iktisadi iktidarı elinde tutan, ancak siyasal erkin periferisinde sahip olduğu zenginliğe denk nüfuza sahip olamayan burjuvazi, iktidarı ele geçirmesini müteakip periferisinde yer aldığı hukuk düzenini de kendi çıkarlarının bir parçası haline getirmiştir.

Çalışmada ele alınan tarihsel kesitteki iktisadi ve politik yapıların uzun dönemli karşılıklı etkileşimlerinin hukuk düzeni üzerindeki sonuçları hukukun giderek ideolojik bir aygıt konumuna gelmesi ve meşrulaştırıcı niteliğinin belirmesi şeklinde tezahür etmiştir. Dolayısıyla 1688 Devrimi sonrasında ortaya çıkan yapı hukuk için kurmaca ve aldatıcı bir görünüm yaratıp onun sistemi yeniden üreten ve egemen güçlerin çıkarlarını koruyan gerçek işlevini büyük bir maharetle maskeleyebilmeyi başarmıştır. Hukuk düzeni olgusu hukuki eşitlik ve hukukun üstünlüğü kavramlarıyla özdeşleştirilmiş, böylece kamusal alanda daha görünür kılınmak istenen tahayyül edilmiş bir hukuk algısı ideolojik düzeyde etkinlik göstermeye başlayarak toplumsal yapıların üzerinde olduğu kadar tek tek bireylerin zihninde de etki yaratarak meşruiyetin ölçütü haline gelmiştir.

Hukuk böylece kendi meşruiyetini kendi içinde taşıyan ve ekonomi - politik düzen ile devlet ve onun aygıtlarına meşruiyet kazandıran bir araca dönüştürülmüştür. Hukuk, iktisadi ve politik sistemin kamusal düzlemde görünmesi pek de istenmeyen yüzünün maskelenmesinde başarılı biçimde kullanılmıştır. Örneğin kadın veya çocuk çalışanlar da dâhil olmak üzere işçisinden köylüsüne tüm emekçi yoksul tabakalar hukuksal özneler olarak

kabul edilmiş ve başta işçi ile işveren arasındaki sözleşmeler olmak üzere tüm sözleşme ilişkilerinde hukuki eşitlik ve irade serbestliği içinde hareket eden sözleşmenin taraflarından biri olarak nitelendirilmişlerdir. Oysa bu kişiler, çalışmada daha önce İngiliz seçim kanunlarındaki uygulamalardan hareketle örneklendirildiği üzere, seçme ya da seçilme hakkı gibi en temel siyasal haklardan dahi mahrum bırakılmış ve siyasal özne olarak görülmemişlerdir. Bu toplumsal gerçekliğin 18. ve 19. yüzyıllar boyunca hukuki ve siyasal bir olgu olarak varlığını sürdürmesi hukuk düzeninin aslında Devrim sonrasında da nasıl egemen sınıfın çıkarlarıyla özdeşleşebilen bir içeriği haiz olduğunu açık biçimde göstermektedir.

IV. DEĞERLENDİRME

Norman istilasından 1688 Devrimi'ne İngiltere'nin feodalizmden kapitalizme geçişini ve bunun hukuk ile siyasal alana yansıyan sonuçlarını inceleyen bu çalışmada, giriş bölümünde belirtildiği üzere hukuk ile iktisadi alt yapı ve politik üst yapı arasında karşılıklı etkileşime dayanan ve birbirlerini belirleyip dönüştüren tarihsel gelişim süreci hukukun ekonomi politik analizi çerçevesinde ele alınmıştır. Keza 1688 Devrimi'nin ardından da İngiliz modern devletinin kurumsallaşmaya başlamasıyla birlikte tıpkı Devrim safhasına gelinen tarihsel aşamalarda olduğu gibi hukukun ekonomi politik düzen ile karşılıklı ilişkisi devam etmiştir. Kapitalist üretim tarzıyla uyumlu bir liberal siyaset anlayışı, hukuk düzeni ve hukuksal düşünüş biçimleri ortaya çıkıp şekillenmiştir.

Çalışmada sosyal bilimlerin farklı disiplinlerinin bulguları bir arada değerlendirilmiş; hukuk düzeni ve hukuksal yapıların biçimlenmesi ekseninde yaşanan dönüşümün temel paradigması, iktisadi altyapıdaki ve bunu takip eden siyasal üstyapıdaki değişimlerden hareketle yorumlanıp anlamlandırılmıştır. İngiliz feodalizminin kırılma noktası olarak değerlendirilebilecek Norman istilasının uzun erimli sonuçları iktisadi, politik ve hukuksal konularda kendisini göstermiştir. Mülkiyet ve kiralamaya ilişkin uygulamaların hukuksal içeriğinde yaşanan dönüşüme bağlı olarak kapitalist tarım faaliyetlerinin yaygınlaşması, hukukun sadece iktisadi altyapı tarafından belirlenen basit bir aygıt olmadığını, aynı zamanda onu doğrudan belirleyip etkileyen bir olgu olarak da ortaya çıktığını göstermiştir. Keza Norman kralları kendi otoritelerinin aristokratlarca tanınması ve devletin merkezileşebilmesi için de hukuktan bir araç olarak yararlanmışlardır. Gezici yargıçlar vasıtasıyla örf ve adet hukukunun toplanması ve bunun ortak hukuk düzeni haline geti-

rilmesi bir taraftan çok hukuklu uygulamaları engelleyip hukuk kurallarını ve yargılama düzenini adım adım merkezileştirmiş diğer taraftan devletin de kurumsallaşıp merkezi bir güç haline gelmesine katkı sunmuştur. Dolayısıyla bu süreçte hukukun hem kralın otoritesinin tüm ülke sathında tanınmasında hem de devletin merkezileşmesinde doğrudan politik üst yapıyı belirleyen bir işlev gördüğü dikkat çeker. Burada hukuki yapılar ile politik yapılar arasında karşılıklı ve birbirlerini sürekli olarak besleyen işbirliğinin İngiliz feodalizmini dönemin Kıta Avrupası feodalitesinden farklı ve ileri bir konuma taşıdığı ifade edilebilir. Söz konusu farklılaşma sadece devlet ve hukukun merkezileşmesiyle sınırlı kalmamış, ayrıca avam ile aristokrasinin yönetsel süreçlerde kralla birlikte söz sahibi olabilmesini sağlayan meclisler aracılığıyla parlamenter geleneğin de tohumlarını atmıştır. Dolayısıyla İngiltere'de devletin merkeziyetçi niteliğinin ortaya çıkışı, mutlakiyetçi bir anlayışın veya uygulamanın kabulüyle değil; aksine modern devleti anımsatır biçimde, kralla birlikte farklı toplumsal grupların katılımına açık ve gücünü bu ortak katılım ve ruh halinden alan bir toplumsal ilişkiler sistemi ile hukuk düzeninin istikrarlı biçimde işlemesine dayanan bir yapı içinde gerçekleşmiştir. 17. yüzyıla kadar farklı aşamalardan geçen tarihsel gelişim çizgisi nihayetinde İngiltere'ye özgü bir ekonomi politik gerçeklik oluşturmuştur. Bu süreçte İngiltere gerek tarımsal kapitalizmin gerek ticari kapitalizmin gelişmişlik seviyesi itibariyle diğer ülkelerden açık biçimde ayrışmıştır. Söz konusu ayrışmada İngiliz ortak hukuk düzeninin kurumsallaşma düzeyinin ve sahip olduğu etkinlik gücünün ekonomi politik sistem üzerinde oynadığı rol son derece belirleyici olmuştur.

17. yüzyılın başına uzanan bu kendine özgü gelişim süreci, *Stuart* hanedanlığının başlamasıyla beraber yeni bir evreye geçmiştir. *Stuart*'lar, İngiliz siyasal sisteminin temeli sayılabilecek karma anayasa geleneği ile bu geleneğe bağlı hükümdar parlamentoda anlayışını mutlakiyetçi devlet düşüncesini ön plana çıkararak işlevsizleştirmek istemişlerdir. Bu nedenle siyasal ve hukuksal erklerin belirli bir denge içinde kral, aristokrasi ve avam arasındaki paylaşımına dayanan merkeziyetçi yönetsel modeldeki denge sistemine karşı çıkarak gücün dağıtılmasına dayanan geleneksel düzene en büyük tehdit haline gelmişlerdir. *Stuart*'ların benimsediği mutlakiyetçi politikanın temeli bir yönüyle egemenliğin tamamen kralın şahsında temerküzünü ön plana çıkartırken diğer yönüyle kralın iradesinin yasa olarak kabul ettirilmesine dayanmıştır. Gerçekten hem yasama hem de yargılama süreçlerini kendilerine bağımlı hale getirmek isteyen *Stuart*'lar gerektiğinde yıllarca parlamentoları toplamayarak veya yargılama faaliyetlerini doğrudan kendilerine bağlı

heyetlere gördürerek hukuk düzeni üzerinde kontrolü bütünüyle uhdelerine almak istemişlerdir. Yine bu tutum da hukukun politik yapıların kontrolü ve politik iktidarın sürdürülmesi ve güçlendirilmesinde ne ölçüde vazgeçilmez bir araç olduğunu göstermiştir. Ancak *Stuart*'ların hukuki ve politik düzen üzerinde tüm kontrolü kendilerinde toplamaya çalışmaları keyfi uygulamalara da sebebiyet vermiş; kapitalist üretim ilişkilerinin ve ona bağımlı piyasa düzeninin ihtiyaç duyduğu istikrar, öngörülebilirlik ve belirlilik tedricen azalmış; bu durum da giderek güçlenen burjuva sınıfının muhalefetinin artmasıyla sonuçlanmıştır. Bu muhalefet Kralcılar ile Parlamentocular şeklinde anılacak bir kutuplaşmayı doğurmuş ve iç savaş, cumhuriyet ve restorasyon dönemleri yaşanmış ve nihayetinde 1688 Devrimi gerçekleşmiştir. 1688'e gelinen süreçte özellikle hukuku yaratma yetkisine, yani yasa koyma gücüne kimin sahip olacağı en önemli uyuşmazlık konularından birini oluşturmuştur. Sonuçta kral, aristokrasi ve burjuvazi arasında bir uzlaşma olarak ortaya çıkan ve başta yasama organı olmak üzere siyasal ve hukuksal alanda erklerin paylaşılmasına dayanan karma anayasa düşüncesinin yeniden hayata geçirildiği bir düzen inşa edilmiştir. Uzun dönemde kralın yetkilerinin giderek sembolik hale geldiği ve aristokrasinin eski güç ve etkinliğinin azaldığı bu paylaşımdan en karlı çıkan sınıf burjuvazi olmuştur.

1688 Devrimi sonrası yer yer *Stuart* öncesi döneme bir geri dönüş olarak yorumlansa da bu yaklaşımın tartışmalı olduğunu belirtmek gerekir. Özellikle Devrim'in iktisadi, politik ve hukuki yapılar üzerindeki etkileri düşünüldüğünde *Stuart* öncesi dönemden tamamen farklı bir düzene tekabül ettiği belirtilmelidir. 1688 sonrası, feodalizm içinde ortaya çıkan kapitalist üretim ilişkilerinin hâkim üretim tarzı haline gelmesinin ve geleneksel devlet tipi olarak nitelendirilebilecek merkeziyetçi krallık ya da mutlakiyetçi devletten modern devlete geçişin dönüm noktasıdır. Bu açıdan 1688, İngiliz hukuk düzeninin yeni bir evreye girmesinin, başka bir ifadeyle hukuksal liberalizmin belirmesinin ve hukukun kapitalist modern devlette yeni bir işlev kazanmasının miladıdır. 1688 sonrasında biçimlenen liberal hukuk zihniyeti, liberal hukuk düzeni anlayışı ile onun temel ilke ve değerleri günümüze kadar etkinliğini sürdürecek bir hukuk geleneğinin başlangıç noktasını oluşturmuştur.

Hukuk ile politikanın girift ilişkisine rağmen Devrim sonrasında ortaya çıkıp yavaş yavaş kurumsallaşmaya başlayan liberal siyaset anlayışının hukuka yansıması olan liberal hukuk düzeni ve liberal hukuki düşünüş biçimleri, paradoksal bir şekilde hukuku tüm diğer alanlardan soyutlayarak kendi

başına bir değer ve olgu olarak anlamlandırmaya yönelip özünde ekonomi politik düzenin meşruiyet ölçütü haline getirmeyi başarmıştır. Yaşam hakkıyla beraber insanın doğuştan sahip olduğu varsayılan mülkiyet hakkı ve bunun eşit hukuki statüdeki taraflar arasında özgür iradeyle devrini güvenceye alan sözleşme özgürlüğü gibi bir dizi hak ve özgürlük, Devrim sonrasında yeniden biçimlenen hukuki düzeninin -evrenselliğine atıf yapılan bir takım değer ve ilkelerle bilirlikte- *a priori* esaslarını oluşturmuştur. Bu bağlamda modern devlet anlayışının özünü teşkil eden hukuki eşitlik ve hukukun üstünlüğü anlayışının yanı sıra hukuk kurallarının genelliği, hukuki belirlilik, hukukun tarafsızlığı, hukukun öngörülebilirliği, hukukun nesnelliği, doğal yargıç ilkesi, yargıç bağımsızlığı ve yargıç güvencelerinin sağlanması gibi hukuka ilişkin pek çok evrensel değer ve ilke olduğu vurgulanmıştır. Tüm bunlar bir taraftan hukukun kendisine meşruiyet sağlayan öğeler diğer taraftan siyasal söylem ve eylemlerin hukuka atıfla meşrulaştırılabilmesinde evrensel ilkelerle biçimlendirilmiş bir hukuk düşüncesinin olmazsa olmaz nitelikleri olarak tanımlanıp anlamlandırılmışlardır. Keza evrensel ilkelere yapılan vurgu ile mevcut hukuk düzeninin bunlarla uyumlu bir içeriği haiz olduğu ve tüm yurttaşları kapsayan şekli bir eşitliğin anayasal parlamenter devlet tarafından güvence altına alındığı fikri yaygınlaştırılmaya çalışılmıştır. Nihayetinde hukukun fetişleştirilmesi ve kutsallaştırılması şeklinde ortaya çıkan bir hukuksal düşünüş kamusal alanda hâkim hale getirilmiştir.

Sonuç olarak çalışma boyunca ele alındığı ve incelendiği üzere, İngiltere'de feodalizmden kapitalizme geçiş ve nihayetinde İngiliz modern devletinin anayasal ve parlamenter bir meşruti monarşi olarak kurumsallaşması sürecinde hukukun, ekonomi politik düzenle ve toplumsal yapı içinde egemen konumda bulunan sınıflarla ilişkisi, karşılıklı bir etkileşim ve üstbelirlenimler ağı ekseninde biçimlenip dönüşmüştür. İngiltere'nin tarihsel gelişiminde kendini gösterdiği üzere bütün bu süreç, hukukun öncelikle ekonomik altyapı ama hemen sonrasında politik üst yapı tarafından belirlendiği, ancak aynı zamanda sınıfsal bir tahakküm aracı olarak ekonomi politik düzen, bireyler, toplumsal yapı ve ilişkiler üzerinde maddi ve ideolojik düzeyde işleyerek zaman zaman onları da belirleyen olarak etkilediği bir izlekte gerçekleşmiştir.

KAYNAKÇA

Kitap ve Makaleler

AGIBALOVA Ye. / DONSKOY G., **Ortaçağ Tarihi**, (Çev. Ç. Sümer), Yordam, İstanbul, 2017.

AĞAOĞULLARI Mehmet Ali / ÇULHA ZABCI Filiz / ERGÜN Reyda, **Kral Devletten Ulus-Devlete**, İmge, Ankara, 2005.

AĞAOĞULLARI Mehmet Ali / KÖKER Levent, **Kral Devlet ya da Ölümlü Tanrı**, 2. Bası, İmge, Ankara, 2000.

ALTHUSSER Louis, **Yeniden Üretim Üzerine**, (Çev. A. I. Ergüden), İthaki, İstanbul, 2005.

ALTHUSSER Louis, **İdeoloji ve Devletin İdeolojik Aygıtları**, (Çev. A. Tümertekin), İthaki, İstanbul.

ALTHUSSER Louis, **Marx İçin**, (Çev. I. Ergüden), İthaki, İstanbul, 2002, s. 138 - 139; MILOVANOVIC, 1989.

ANDERSON Perry, **Antikiteden Feodalizme Geçişler**, (Çev. U. Kocabaşoğlu), İletişim, İstanbul, 2017.

BAKER John, **The Oxford History of the Laws of England - Volume VI 1483-1558**, Oxford University, Oxford, 2003.

BAKER John, **The Reinvention of Magna Carta**, Cambridge University, Cambridge, 2017.

BEAUD Michel, **Kapitalizmin Tarihi 1500 - 2010**, (Çev. F. Başkaya), Yordam, İstanbul, 2015.

BEER Max, **Sosyalizm ve Sosyal Mücadelelerin Genel Tarihi**, (Çev. G. Üstün), 3. Bası, Can, İstanbul, 1989.

BERENS Lewis H., **The Digger Movement in the Days of the Commonwealth as Revealed in the Writings of Gerrard Winstanley, the Digger Mystic and Rationalist, Communist and Social Reformer**, Simpkin, London, 1906.

BERNARD, G. W., "The Dissolution of the Monasteries", **History - The Journal of the Historical Association**, S. 96, ss. 390 - 409.

BIERMANN Werner / KLÖNNE Arno, **Kapitalizmin Suç Tarihi**, (Çev. B. Özçelik), Phoenix, Ankara, 2007.

BLACK Jeremy, **İngiltere Tarihi**, (Çev. A. Yıldız), Doğu Batı, Ankara, 2020.

BLACK Jeremy, **Kısa İngiltere Tarihi**, (Çev. E. Duru), Say, İstanbul, 2017.

Burial in Woollen, http://www.sovereign-ancestry.com/woollen-burial.html, (Erişim Tarihi: 16.07.2019).

CAENEGEM R. C. Van, **The Birth of English Common Law**, 2. Bası, Cambridge University, Cambridge, 1988.

CEMAL Mustafa, "Hegelci Marx mı, Spinozacı Althusser mi?", **Birikim Dergisi**, S. 97, 1997, ss. 45 - 49.

COLLINS Hugh, **Marxism and Law (Marxist Introductions)**, Oxford University, Oxford, 1990.

COMNIEL George C., "English Feudalism and the Origins of Capitalism", **The Journal of Peasant Studies**, S. 27-2, 2000, ss. 1 - 53.

DAVIES Norman, **Avrupa Tarihi**, (Çev. B. Çığman / E. Topçugil / K. Emiroğlu, vd.), 2. Bası, İmge, Ankara, 2011.

DOBB Maurice, "Bir Cevap", **Feodalizmden Kapitalizme Geçiş Süreci**, (Çev. Ç. Yetkin), 2. Bası, May, İstanbul, 1974, ss. 59 - 76.

DOBB Maurice, **Kapitalizm Sosyalizm Azgelişmiş Ülkeler ve İktisadi Kalkınma**, (Çev. M. Selik), Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Ankara, 1981.

DOBB Maurice, **Kapitalizmin Gelişmesi Üzerine İncelemeler**, (Çev. F. Akar), Belge, İstanbul, 1992.

ENGELS Friedrich, "Conrad Schmidt'e Mektup", **Din Üzerine** (Marx K. / Engels F.), (Çev. K. Güvenç), Sol, Ankara, 2002(b), ss. 258 - 265.

ENGELS Friedrich, "Joseph Bloch'a Mektup", **Din Üzerine** (Marx K. / Engels F.), (Çev. K. Güvenç), Sol, Ankara, 2002(a), ss. 253 - 257.

ENGELS Friedrich, "The Condition of England I The Eighteenth Century", (Çev. C. Upward), **Marx & Engels Collected Works, Vol. 3, Karl Marx March 1843 - August 1844**, Lawrence & Wishart, 2010 (a), ss. 469 - 488.

ENGELS Friedrich, "The Condition of England II The English Constitution", (Çev. C. Upward), **Marx & Engels Collected Works, Vol. 3, Karl Marx March 1843 - August 1844**, Lawrence & Wishart, 2010 (b), ss. 489 - 513.

ENGELS Friedrich, **İngiltere'de Emekçi Sınıfın Durumu**, (Çev. Y. Fincancı), Sol, Ankara, 1997.

EROĞUL Cem, **Çağdaş Devlet Düzenleri - İngiltere, Amerika, Fransa, Almanya**, 5. Bası, Kırlangıç, Ankara, 2006.

FARNELL J. E., "The Navigation Act of 1651, the First Dutch War, and the London Merchant Community", **The Economic History Review**, S. 16-3, 1964, ss. 439 - 454.

GREEG Pauline, **King Charles I**, University of California, Berkeley, 1984.

HARMAN Chris, **Halkların Dünya Tarihi - Taş Devrinden Yeni Binyıla**, (Çev. U. Kocabaşoğlu), 6. Bası, Yordam, İstanbul, 2017.

HARVEY Sally P. J., "Domesday Book and Anglo-Norman Governance" **Transactions of the Royal Historical Society**, S. 25, 1975, ss. 175 - 193.

HARVEY Sally, **Domesday Book of Judgement**, Oxford University, Oxford, 2014.

HILL Christopher, "Gerard Winstanley: Kingston'da Bir 17. Yüzyıl Komünisti", (Çev. E. Aytaç), **Teori ve Politika**, S. 54, 2009, ss. 207 - 221.

HILL Christopher, "Marx ve Engels'in Yorumuyla İngiliz İç Savaşı", (Çev. A. Toraman / E. Karacan), **Marksizm ve Tarih**, (Haz. A. Toraman), Kor, İstanbul, 2017, ss. 81 - 115.

HILL Christopher, "Tarihçiler, İngiliz Kapitalizminin Ortaya Çıkışını Nasıl Yorumluyor?", (Çev. A. Toraman / E. Karacan), **Marksizm ve Tarih**, (Haz. A. Toraman), Kor, İstanbul, 2017, ss. 63 - 80.

HILL Christopher, "Yorum", **Feodalizmden Kapitalizme Geçiş Süreci**, (Çev. Ç. Yetkin), 2. Bası, May, İstanbul, 1974, ss. 164 - 169.

HILL Christopher, **1940 İngiliz Devrimi**, (Çev. N. Kalaycıoğlu), Kaynak, İstanbul, 1983.

HILL Christopher, **Dünya Altüst Oldu - İngiliz Devrimi'nde Radikal Düşünceler**, (Çev. U. Kocabaşoğlu), İletişim, İstanbul, 2013.

HILL Christopher, **İngiliz Devrimler Çağı - Demokratik Devrimden Sanayi Devrimine 1530 - 1780**, (Çev. L. Akalın), Kaynak, İstanbul, 2015.

HILL Christopher, **İngiltere'de Devrim Çağı 1603 - 1714**, (Çev. U. Kocabaş), İletişim, İstanbul, 2016.

HOBBES Thomas, **Leviathan veya Bir Din ve Dünya Devletinin İçeriği, Biçimi ve Kudreti**, (Çev. S. Lin), Yapı Kredi, İstanbul, 2001.

HOBSBAWM E. J., **Sanayi ve İmparatorluk**, (Çev. A. Ersoy), 6. Bası, Dost, Ankara, 2018.

HOELL Günter, **Tarımda Kapitalizmin Gelişimi ve Toprak Rantı**, (Çev. A. Doğkan), Bilim, İstanbul, 1975.

HOLT, J. C., **Magna Carta**, Cambridge University, Cambridge, 2015.

HUDSON John, **The Oxford History of the Laws of England Volume II 871 - 1216**, Oxford University, Oxford, 2012.

HUNT Alan, **Explorations in Law and Society - Towards a Constitutive Theory of Law**, Rotledge, New York, 1993.

HUNT E. K. / LAUTZENHEISER Mark, **İktisadi Düşünce Tarihi - Eleştirel Bir Perspektif**, (Çev. V. U. Aslan), Phoenix, Ankara, 2016.

JENKINS Simon, **İngiltere'nin Kısa Tarihi**, (Çev. U. Kocabaşoğlu), İletişim, İstanbul, 2020.

KARAHANOĞULLARI Onur, "Marksizm ve Hukuk", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, S. 57-2, 2002, ss. 61 - 92.

KARATANI Kojin, **Dünya Tarihinin Yapısı, Üretim Tarzlarından Mübedele Tarzlarına**, (Çev. A. Karatay), Metis, İstanbul, 2007.

KAYMAK Muammer, "Sanayi Devrimi Neden İngiltere'de Gerçekleşti? Karşılaştırmalı Bir Makro Tarih Denemesi", **İktisada Dokunmak**, (Der. H. Mıhcı), Phoenix, Ankara, 2011, ss. 163 - 185.

KEARNEY Hugh, **Britanya Adaları Tarihi - Dört Ulusun Tarihi: İngiltere, İskoçya, İrlanda ve Galler**, (Çev. Ö. U. Hoşafçı), İnkılâp, İstanbul, 2019.

KENNY Anthony, **Batı Felsefesinin Yeni Tarihi III. Cilt Modern Felsefe'nin Yükselişi**, (Çev. V. Uzundağ), Küre, İstanbul, 2017.

KING Edward / HAWLEY Joseph, "İngiliz (Common Law)'unun Gelişmesi", (Çev. İ. Lütem), **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 16-1, 1959, ss. 178 - 233.

KLERMAN Daniel M. / MAHONEY Paul G., "The Value of Judicial Independence: Evidence from Eighteenth Century England", **American Law and Economics Review**, S. 7-1, 2005, ss. 1 - 27.

KLINE D. C., **Sovietica, Vol. 49, Domination and Wealth a Critical Analysis of Karl Marx' Theory of Commercial Law**, D. Reidel, Dordrecht, 1987.

KÖKER Levent, **İki Farklı Siyaset Bilgi Teorisi-Siyaset Bilimi İlişkileri Açısından Pozitvizm ve Eleştirel Teori**, Dipnot, Ankara, 2008.

LIPSON Leslie, **Politika Biliminin Temel Sorunları**, (Çev. T. Karamustafaoğulları), 2. Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, 1978.

LOCKE John, **Hükümet Üzerine Birinci İnceleme, Bay Robert Filmer ve Yandaşlarının Yanlış İlke ve Temellerinin Yıkılışı**, (Çev. F. Bakırcı), İmaj, Ankara, 2016.

LOCKE John, **Yönetim Üzerine İkinci İnceleme, Sivil Yönetimin Gerçek Kökeni Boyutu ve Amacı Üzerine Bir Deneme**, (Çev. F. Bakırcı), Ebabil, Ankara, 2012.

MACPHERSON C. B. "The Social Bearing of Locke's Political Theory", **Life, Liberty, and Property Essays on Locke's Political Ideas**, (Edi. G. J. Schocket), Wadsworth, California, 1971, ss. 60 - 85.

MACPHERSON C. B., **The Political Theory of Possesive Individualism Hobbes to Locke**, Oxford University, Oxford, 1990.

MAITLAND F. W., **The Constitutional History of England: A Course of Lectures Delivered**, The Lawbook Exchanges, New Jersey, 2001.

MARX Karl / ENGELS Friedrich, **Devlet ve Hukuk Üzerine**, (Der. / Çev. R. Serozan), Çağdaş Hukukçular Derneği, İstanbul, 2010.

MARX Karl, **Ekonomi Politiğin Eleştirisine Katkı**, (Çev. S. Belli), Sol, Ankara, 1993.

MARX Karl, **Kapital - Ekonomi Politiğin Eleştirisi, I. Cilt - Sermayenin Üretim Süreci**, (Çev. M. Selik & N. Satlıgan), 2. Bası, Yordam, İstanbul, 2011.

MARX Karl, **Kapital Ekonomi Politiğin Eleştirisi, III. Cilt, Bir Bütün Olarak Kapitalist Üretim Süreci**, (Çev. M. Selik & E. Özalp), Yordam, İstanbul, 2015.

MARX Karl, **Marx & Engels Collected Works, Vol. 34, Marx 1861-64**, (Çev. B. Fowkes), Lawrence & Wishart, Londra, 2010.

MERRIMAN John, **Rönesans'tan Bugüne Modern Avrupa Tarihi**, (Çev. Ş. Alpagut), Say, İstanbul, 2018.

MILOVANOVIC Dragan, **An Introduction to the Sociology of Law**, Criminal Justice, New York, 2003.

MILOVANOVIC, Dragan, **Weberian and Marxian Analysis of Law: Development and Functions of Law in a Capitalist Mode of Production**, Ashgate, Burlington, 1989.

MOORE JR. Barrington, **Diktatörlüğün ve Demokrasinin Toplumsal Kökenleri - Çağdaş Dünyanın Yaratılmasında Soylunun ve Köylünün Rolü**, (Çev. Ş. Tekeli / A. Şenel), 2. Bası, Verso, Ankara, 1992.

MOSCA Gaetano, **Siyasi Doktrinler Tarihi - Eski Çağlardan Günümüze**, (Çev. S. Tiryakioğlu), Varlık, İstanbul, 1963.

NASH Michael L., "Crown, Woolsack and Mace: The Model Parliament of 1295", **Contemporary Review**, Vol. 267, Issue 1558, November 1995, http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=a9h&AN=9512084126&site=ehost-live, (Erişim Tarihi: 16.07.2019).

OKANDAN Recai Galip, **Umumî Âmme Hukuku**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 1968.

PASUKANIS Evgeny B., **Genel Hukuk Teorisi ve Marksizm**, (Çev. O. Karahanoğulları), Birikim, İstanbul, 2002.

PELZ William A., **Avrupa Halkları Tarihi**, (Çev. N. Tuna), Kolektif, İstanbul, 2017.

PENNINGTON Kenneth, "Politics in Western Jurisprudence", **A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence Volume 7 The Jurists Philosophy of Law from Rome to the Seventeenth Century**, (Edi. A. Padovani & P. G. Stein), Springer, Dordrecht, 2017, ss. 157 - 211.

PILATI Reneta, "İngiltere", **16. Yüzyıl Rönesans Çağı**, (Edi. U. Eco), (Çev. A. Tonguç), Alfa, İstanbul, 2019, ss. 150 - 158.

PLUCKNETT Theodore F. T., **A Concise History of the Common Law**, 5. Bası, The Law Book Exchange, New Jersey, 2001.

POLANYI Karl, **Büyük Dönüşüm - Çağımızın Siyasal ve Ekonomik Kökenleri**, (Çev. A. Buğra), 10. Bası, İletişim, İstanbul, 2011.

PURVIS Thomas L., **A Dictionary of American History Blackwell Reference**, Blackwell, Massachusetts, 1997.

READ FOSTER Elisabeth, "Procedure and the House of Lords in the Seventeenth Century", **Proceedings of the American Philosophical Society**, S. 126-3, 1982, s. 183 - 187.

RUSSELL Bertrand, **Batı Felsefesi Tarihi III**, (Çev. M. Sencer), Say, İstanbul, 2002.

SABINE George, **Siyasal Düşünceler Tarihi II - Yeni Çağ**, (Çev. A. Öktem), Türk Siyasi İlimler Derneği, Ankara, 1969.

SARICA Murat, **Fransa ve İngiltere'de Emredici Vekâletten Yeni Temsil Anlayışına Geçiş**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 1969.

SENCER Muzaffer, "İnsan Hakları Açısından İngiliz Devrimi", **Amme İdaresi Dergisi**, S. 22-2, 1990, ss. 3 - 21.

SHAPIRO Ian, "John Locke's Democratic Theory", **Two Treatises of Government and a Letter Concerning Toleration John Locke**, (Ed. I. Shapiro), Yale University, New Haven and London, 2003, ss. 309 - 340.

SMITH Adam, **Ulusların Zenginliği II** (Çev. M. Saltoğlu), Palme, Ankara, 2007.

SNYDER David C., "Locke on Natural Law and Property Rights". **The Canadian Journal of Philosophy**, S. 16(4), 1986, ss. 723 - 750.

SWEEZY Paul M., "Bir Eleştiri", **Feodalizmden Kapitalizme Geçiş Süreci**, (Çev. Ç. Yetkin), 2. Bası, May, İstanbul, 1974(a), ss. 19 - 57.

SWEEZY Paul, "Cevaba Cevap", **Feodalizmden Kapitalizme Geçiş Süreci**, (Çev. Ç. Yetkin), 2. Bası, May, İstanbul, 1974(b), ss. 134 - 146.

ŞENEL Alâeddin, **Çağdaş Siyasal Akımlar - Liberalizm Anarşizm Sendikalizm Sosyalizm Faşizm Demokrasi Diktatörlük Teokrasi**, İmaj, Ankara, 1998.

TAKAHASI H. K., "Tartışmaya Bir Katkı", **Feodalizmden Kapitalizme Geçiş Süreci**, (Çev. Ç. Yetkin), 2. Bası, May, İstanbul, 1974, ss. 78 - 125.

TANNENBAUM Donald G., **Siyasi Düşünce Tarihi Filozoflar ve Fikirleri**, (Çev. Ö. Orhan), Serbest, Ankara, 2019.

THOMPSON E. P., **Avam ve Görenek - İngiltere'de Geleneksel Popüler Kültür Üzerine Araştırmalar**, (Çev. U. Kocabaşoğlu), 2. Bası, Birikim, İstanbul, 2016.

THOMPSON E. P., **İngiliz İşçi Sınıfının Oluşumu**, (Çev. U. Kocabaş), 4. Bası, Birikim, İstanbul, 2015.

TILLY Charles, **Zor, Sermaye ve Avrupa Devletlerinin Oluşumu**, (Çev. K. Emiroğlu), İmge, Ankara, 2001.

TREVOR-ROPER H. R., "Oliver Cromwell and His Parliaments", **Crommwell - A Profile**, (Edi. I. Roots), Palgrave Macmillan, London, 1973, ss. 91 - 135.

TRUBEK David M., "Max Weber on Law and the Rise of Capitalism", **Wisconsin Law Review**, S. 1972-3; 1972.

ÜŞÜR İşaya, "Burjuva Devrimleri Bağlamında Onyedinci Yüzyıl İngiliz Devrimi", **11. Tez - Sosyalizm Nereye?**, S. 10, Belge, İstanbul, 1990, ss. 158 - 178.

WEBER Max, **Economy and Society - An Outline of Interpretive Sociology - Vol. 2**, (Edi. G. Roth / C. Wittich) (Çev. E. Fischoff vd.), University of California, Berkley, 1978.

WEISNER-HANKS Merry E., **Erken Modern Dönemde Avrupa 1450 - 1789**, (Çev. H. Çalışkan), Türkiye İş Bankası, İstanbul, 2009.

WINSTANLEY Gerrard, ""Kazıcılar" Bildirisi", (Çev. Ö. Yakupoğlu), **Teori ve Politika**, S. 54, Yaz 2009, ss. 223 - 230.

WOOD Ellen Meiksins, **Özgürlük ve Mülkiyet - Rönesans'tan Aydınlanma'ya Batı Siyasi Düşüncesinin Toplumsal Tarihi**, (Çev. O. Köymen), Yordam, İstanbul, 2012.

WOOD Ellen Meiksins, **Yurttaşlardan Lordlara - Eskiçağdan Ortaçağa Batı Siyasi Düşüncesinin Toplumsal Tarihi**, (Çev. O. Köymen), 2. Bası, Yordam, İstanbul, 2013.

YELISEYEVA N. V., **Yakın Çağlar Tarihi**, (Çev. Ö. İnce), 3. Bası, Yordam, İstanbul, 2014.

YILMAZ Zafer, "Althusser'in Bilim, İdeoloji ve Düzeyler Teorisinin Açmazları: Üstbelirlenimden Post-belirlenime", **Praksis Dergisi**, S. 4, 2001, ss. 35 - 74.

ZABUNOĞLU Yahya Kazım, **Devlet Kudretinin Sınırlanması**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, 1963.

ZARAKOLU Avni, **İktisadi Düşünceler Tarihi**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, 1981.

ZOPHY Jonathan W., **Ateş ve Su Üzerinde Dans - Rönesans ve Reform Avrupası'nın Kısa Tarihi**, (Çev. B. Karakurt), Dergah, İstanbul, 2019.

Hukuki Metinler

Act of Settlement (1700), https://www.legislation.gov.uk/aep/Will3/12-13/2, (Erişim Tarihi: 10.02.2020).

Acts in Restraint of Annates, https://www.oxfordreference.com/view/10.1093/oi/authority.20110803095414694, (Erişim Tarihi: 07.01.2020).

Bill of Rights, http://www.legislation.gov.uk/aep/WillandMarSess2/1/2/contents, (Erişim: Tarihi: 10.02.2020).

Charles II, 1666: An Act for Burying in Woollen onely, https://www.british-history.ac.uk/statutes-realm/vol5/p598a, (Erişim Tarihi: 16.07.2019).

Charles II, 1677 & 1678: An Act for Burying in Woollen, https://www.british-history.ac.uk/statutes-realm/vol5/pp885-886, (Erişim Tarihi: 16.07.2019).

Charles II, 1680: An Additionall Act for Burying in Woollen, https://www.british-history.ac.uk/statutes-realm/vol5/p940, (Erişim Tarihi: 16.07.2019).

Habeas Corpus Act 1679, http://www.legislation.gov.uk/aep/Cha2/31/2/contents (Erişim Tarihi: 14.02.2020).

Henry VIII's Act of Supremacy (1534) - original text, https://www.britainexpress.com/History/tudor/supremacy-henry-text.htm, (Erişim Tarihi: 07.01.2020)

Magna Charta seu Magna Charta Libertatum: Büyük Sözleşme ya da Özgürlükler Sözleşmesi, (Çev. Ç. Dürüşken), Alfa, İstanbul, 2017.

March 1649: An Act for the Abolishing the House of Peers, https://www.british-history.ac.uk/no-series/acts-ordinances-interregnum/p24, (Erişim Tarihi: 15.02.2020).

Meeting of Parliament Act 1694, http://www.legislation.gov.uk/aep/WillandMar/6-7/2/contents, (Erişim Tarihi: 18.02.2020).

Septennial Act 1715, http://www.legislation.gov.uk/apgb/Geo1St2/1/38/contents, (Erişim Tarihi: 18.02.2020).

The First Act of Succession, http://www.luminarium.org/encyclopedia/firstactofsuccession.htm, (Erişim Tarihi: 07.01.2020).

The Petition of Rights, http://www.legislation.gov.uk//aep/Cha1/3/1/contents, (Erişim Tarihi: 22.01.2020).

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2021; 1: 239-265

KİŞİLERİN HAKLARINI SAVUNMAK MİLLİ BÜTÜNLÜĞE AYKIRI MIDIR? DURKHEIM'IN "MİLLİ" BİREYCİLİK ANLAYIŞI(*)

Dr. Öğr. Üyesi **Engin ARIKAN**(**)

Öz: Bireycilik genellikle milli bütünlüğün karşısında duran bir dünya görüşü olarak anlaşılır. Ancak Durkheim'a göre bireycilik modern toplumların milli bütünlüğü açısından merkezi bir değerdir. Endüstriyelleşmiş toplumları bir arada tutan kolektif bilinç, birey kültüdür. Bu sebepten dolayı insanlar kişi hakları ihlalleri karşısında sadece o kişi için üzüntü veya gelecekte kendi başlarına da kötü bir şey gelebileceğinden dolayı korku hissetmez; aynı zamanda kutsallarına saygısızlık edildiği için tepki gösterirler. Durkheim'a göre kişilerin haklarını savunmak bireyci olduğu kadar millidir de. Yazar, Fransa'da önemli bir toplumsal kırılma anı olan Dreyfus vakasında kişi haklarını korumanın milli bütünlüğün muhafazası için gerekli olduğunu savunmuştur. Öte yandan Durkheim, klasik liberal negatif özgürlük anlayışının yetersiz olduğunu da belirtir. Düşünüre göre hakiki bireycilik, bireyin toplum ile bütünleşip, toplumsal düzenlemeler ile geliştiği bir anlayışı temsil eder. Bunun için Durkheim meslek örgütlerinin toplumsal yaşamdaki rolünün arttırılması, sosyal adaletin sağlanması, ailenin güçlendirilmesi, kadınların iş hayatına kazandırılması, eğitimin geliştirilmesi gibi bazı reform önerilerinde bulunmuştur.

Anahtar Kelimeler: Durkheim, Birey Kültü, Milli Bütünlük, Dreyfus Vakası, Liberalizm.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 02.03.2021. Makale Kabul Tarihi: 24.05.2021.

(**) Türk-Alman Üniversitesi, Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi (ORCID no: 0000-0002-4264-706X; *arikan@tau.edu.tr*).

IS DEFENDING PERSONAL RIGHTS CONTRARY TO NATIONAL UNITY? DURKHEIM'S UNDERSTANDING OF "NATIONAL" INDIVIDUALISM

Abstract: Individualism is often understood as a worldview that stands against national unity. However, according to Durkheim, individualism is a central value for the national unity of modern societies. The collective conscience that holds industrial societies together is the cult of the individual. For this reason, in case of the violations of personal rights, people do not just feel sadness for that person or fear that something bad may also happen to them in the future; they also react for the fact that their own sacrosanct has been disrespected. The author argued that in Dreyfus Affair, which is a social turning point in France, it is necessary to protect the rights of individuals to preserve national integrity. According to Durkheim, defending the rights of persons is as much national as it is individualistic. Conversely, Durkheim also states that the classical liberal understanding of negative freedom is insufficient. According to the thinker, genuine individualism represents an understanding in which the individual integrates into society and develops in that society. For this, Durkheim has proposed some reforms such as increasing the role of professional organizations in social life, ensuring social justice, empowering the family, introducing women into work life, and improving education.

Keywords: Durkheim, Cult of the Individual, National Unity, Dreyfus Affair, Liberalism.

GİRİŞ

Hukuki ve siyasi tartışmalarda "kişi hakları"-"milli bütünlük" karşıtlığı sıkça yaşanmaktadır. Bu münazaralarda genellikle bir taraf kişi hak ve özgürlüklerinin korunması gerektiğine vurgu yaparken, diğer taraf milli menfaatlere ve bütünlüğe öncelik verir. "Bireycilik" taraftarları rakiplerini otoriter, totaliter olarak itham ederken, "millilik" taraftarları rakiplerini millet karşıtı, toplum karşıtı olarak niteler. Bu ithamlar çoğu zaman yüzeysel kalır. Toplumsal ilişkilerin girift boyutlarını anlayabilmek için bunların ötesine geçmek gerekir.

Hem sosyoloji hem de hukuk sosyolojisi alanında oldukça önemli bir figür olan Émile Durkheim'ın bu tartışmaya oldukça özgün bir katkısı mevcuttur. Durkheim, 19. yüzyılın sonu ve 20. yüzyılın başında Fransa'nın milli kimliği üzerinde büyük bir etkisi olan Dreyfus vakasında aktif bir rol almış ve kişi haklarının ihlalinin sadece bireyler açısından adaletsiz olmadığını, aynı zamanda modern toplumlar açısından milli bütünlüğe de zarar verdiğini

savunmuştur. Durkheim'ın hukuk sosyolojisine olan katkısı ağırlıklı olarak farklı nitelikli toplumların farklı nitelikli hukuk sistemlerini ortaya çıkardığına ilişkin tespiti özelinde ele alınmaktadır. Bu çalışmada ise Durkheim'ın modern toplumlarda gelişen bireyciliğe ilişkin analizi ile kişi hak ve özgürlüklerinin nasıl milli bütünlük açısından da elzem olduğuna dair argümanı incelenecektir. Bunun için ilk olarak, Durkheim'ı bu tartışmaya yönelten Dreyfus vakası açıklanacaktır. İkinci olarak, Durkheim'ın birey kültü ile milli bütünlük arasında kurduğu bağlantı gösterilecektir. Üçüncü olarak, Durkheim'ın bireyciliğinin klasik liberal bireycilikten nasıl farklı olduğuna bakılacaktır. Dördüncü olarak, Durkheim'ın modern toplumlar için önerdiği reformlar sunulacaktır. Sonuç bölümünde ise Durkheim'ın analizleri Türkiye'deki tartışmalar bağlamında değerlendirilecektir.

I. TARİHSEL ARKA PLAN: DREYFUS VAKASI

19. yüzyılın ikinci yarısından itibaren Fransa ile Almanya arasında oldukça çekişmeli bir askeri rekabet yaşanmıştır. 1870 Sedan Savaşı'nda Almanya, Fransa karşısında üstün gelmiş ve stratejik önemi olan Alsas-Loren bölgesini ilhak etmiştir. Bu dönemde Fransa, Almanya'yı tehlikeli bir rakip olarak görmüş ve mümkün olduğunca askeri istihbarat toplamaya çalışmıştır. Bu faaliyetler kapsamında casusluk faaliyetlerini tespit etmek amacıyla Alman Büyükelçiliği sürekli gözlem altında tutulmuştur. Bu sırada büyükelçilikte bir hademe olarak görev yapan Fransız bir casus, Alman askeri ataşesine hitaben yazılmış ve içinde Fransız ordusuna ait gizli bilgilerin yer aldığı bir mektubu ortaya çıkarmıştır. Yapılan soruşturmada Fransız ordusunda bir topçu subayı olarak görev yapan Alfred Dreyfus, Almanya için casusluk yapmakla ve vatana ihanetle suçlanmıştır. Askeri mahkemenin oybirliği ile verdiği karar sonucunda suçlu bulunan Dreyfus, Fransız Guyanası'ndaki Şeytan Adası'na sürgüne gönderilmiştir. Dreyfus aklanana kadar tam beş yıl burada kalmıştır.[1]

Bu süreçte Dreyfus aleyhindeki kanıtların yetersizliğine rağmen mahkûmiyet kararı verilmesi ve başka bir Fransız subayı Ferdinand Walsin Esterhazy aleyhinde somut kanıtların var olmasına rağmen bunların askeri otoriteler tarafından dikkate alınmayışı Fransız kamuoyunun bir kısmında büyük bir tepki doğurmuştur. Dreyfus'un Musevi ve cumhuriyetçi bir aile-

[1] BRITANNICA The Editors of Encyclopaedia, "Alfred Dreyfus", **Encyclopaedia Britannica**, Bağlantı: https://www.britannica.com/biography/Alfred-Dreyfus, (Son Erişim Tarihi: 1.2.2021).

den geliyor olması bu davanın arka planını ciddi biçimde şekillendirmiştir. Fransa'daki antisemitist gruplar Dreyfus vakası boyunca Musevilerin Fransa'daki varlıklarını sorgulayacak derecede sert bir tutum geliştirmiştir. Bu davada Dreyfus'a haksızlık yapıldığını savunanlar cumhuriyetçi kimliklerini vurgularken, mahkûmiyet kararını savunanlar ise Katolik ve gelenekselci kimliklerini ön plana çıkarmıştır. Bu iki taraf arasındaki mücadele Dreyfus lehine verilen karara kadar 1896-1904 arasında Fransız kamuoyunun en önemli gündemi olmuştur.[2]

Dönemin önde gelen entelektüellerinden Émile Zola, 1898'de Şafak (*L'Aurore*) gazetesinde dönemin Fransız cumhurbaşkanı Félix Faure'ye hitaben "İtham Ediyorum!" (*J'accuse!*) başlıklı yazısını yayınlamıştır. Zola yazısında, dönemin Fransız ordusunun komuta kademesini bile bile masum bir kişiyi mahkûm etmekle ve esasında suçlu olduğu belli olan Esterhazy'yi ordunun prestijini korumak için beraat ettirmekle suçlamıştır.[3] Yazının içeriğinden dolayı ordu komutanlarına hakaret ettiği gerekçesiyle Zola hakkında bir yargı süreci başlatılmıştır. Zola'nın gerek devletteki gerekse ordudaki iktidar sahiplerine karşı doğruları dile getiren bu cesur tutumu, cumhuriyetçi kesimler için bir sembol haline gelmiştir.[4]

Bu sırada bir başka önde gelen yazar olan Ferdinand Brunetière, 1898'de İki Dünyanın İncelemesi (*Revue des Deux Mondes*) dergisinde "Davadan Sonra" (*Après Le Procès*) başlıklı bir yazı kaleme almıştır. Brunetière, yazısında Dreyfus'un mahkûmiyet kararını savunmuş ve başta Zola olmak üzere cumhuriyetçi entelektüelleri gayrı milli duruşları ve bireyci tutumları sebebiyle eleştirmiştir. Brunetière, ilk olarak, antisemitist tepkinin esasında Musevilerin, Protestanların ve Masonların Fransa'daki üstün pozisyonlarına karşı olduğunu ve mevcut düzenin Fransa'daki azınlıkları güç odaklarına yerleştirirken, çoğunluğu bu mevkilerden dışladığını ifade eder. İkinci olarak Brunetière, ordunun milli birlik açısından merkezi bir unsur olduğunu vurgular. Yazara göre ordunun tacirlerden veya siyasilerden daha önemsiz ve aşağı bir mevki görülmesi büyük bir hatadır. Gerek toplumsal refahın, gerekse de demokratik düzenin muhafazası için ordu asli ve üstün bir kurumdur. Ordu aynı zamanda Fransızların taşıdıkları farklı toplumsal

---

2 DRAKE David, **French Intellectuals and Politics from the Dreyfus Affair to the Occupation**, Palgrave MacMillan, New York, 2005, ss. 8-51.

3 ZOLA Émile, "J'accuse", **L'Aurore**, 13 Ocak 1898.

4 BREDIN Jean-Denis, **The Affair: The Case of Alfred Dreyfus**, İngilizceye Çeviren: Jeffrey Mehlman, George Braziller, New York, 1986, ss. 245-257.

kimliklerinin ötesine geçip eşit hale geldikleri ve birleştikleri bir yapıdır. Dreyfus davasındaki ordu karşıtları ve eleştirmenleri, esasında bireyci ve anarşist bir anlayışla orduyu yıpratarak demokrasiye ve toplumsal gelişime de zarar vermektedir. Üçüncü olarak Brunetière, bu hassas konularda kimi "entelektüellerin" kamuoyunda sahip olduğu otoriteyi eleştirir. Yazara göre entelektüeller kendi aristokratik arka planlarından güç alıp orduyu değersizleştirmekte ve kişisel görüşlerini topluma sözde bilimsellik kisvesi altında dayatmaktadır. Bu kişiler askeri mahkemenin kararını ve generallerin endişelerini, kendi iddialarına göre sözde nesnel "bilimsel metoda", "adalete" veya "mantığa" aykırı bulmakta ve küçümsemektedir. Brunetière'e göre bu entelektüeller diğer insanlardan üstün ve farklı olduklarını göstermek için bireyciliklerini ön plana çıkarırlar. İşte bu bireycilik, gayrı millidir ve toplum karşıtıdır.[5]

Durkheim, Brunetière'in bu argümanlarına karşı, "Bireycilik ve Entelektüeller" (*L'Individualism et les Intelectuelles*) başlıklı bir makale yayınlamıştır. Durkheim, bu davayı ve Fransız toplumundaki tepkileri, önemli bir toplumsal kırılma anı olarak görmektedir. Bu sebeple Durkheim'a göre Dreyfus vakası sadece Dreyfus'u ilgilendiren tekil bir olay değil, toplumsal anlayış konusunda hangi rotanın izleneceğini belirleyecek bir dönüm noktasıdır. Bu sebeple Durkheim, dönemin pek çok entelektüeli gibi İnsan Haklarını Savunma Birliği (*Ligue Pour La Défense des Droits de l'Homme*) üyesi olarak Dreyfus vakasında aktif bir rol almıştır. Bu birliğin karşısında da Fransız Vatanı Birliği (*Ligue de la Patrie Français*) bulunmakta idi ve Brunetière de bu birliğin bir üyesiydi.[6]

Durkheim, Dreyfus vakasındaki meseleyi sadece Dreyfus özelinde bir adaletsizlik olarak görmez. Düşünüre göre endüstriyel, modern bir toplum haline gelen Fransa'yı bir arada tutan değer tam da gayrı milli olduğu iddia edilen bireyciliktir. Zola gibi pek çok entelektüel, bu vakayı devletin veya toplumdaki gerici grupların Dreyfus'a ve onun üzerinden Musevilere karşı oluşturdukları bir tahakküm olarak görmüş ve bireylerin bu haksızlıklara karşı korunması gerektiği yönünde bir adalet talebi geliştirmiştir. Durkheim ise bireyciliğin kaynağının iddia edildiği üzere kimi entelektüel akımlar veya

---

5 BRUNETIERE Ferdinand, "Après Le Procès", **Revue des Deux Mondes**, 4. Period, 146. Cilt, 15 Mart 1898, ss. 428-446.

6 LUKES Steven, **Emile Durkheim: His Life and Work**, Harper & Row Publishers, New York, 1985, ss. 332-349.

gruplar değil, toplumun kendisi olduğunu ve bu milli birlikteliğin sağlanması için de kişi haklarının korunması gerektiğini savunur. Sıradaki başlıkta Durkheim'ın bu argümanı incelenecektir.

II. BİREY KÜLTÜ VE MİLLİ BÜTÜNLÜK

Durkheim eserlerinde toplumu bir olgu olarak ortaya çıkaran ve bir arada tutan unsurları işlemektedir. Düşünür ikili bir ayrıma başvurur. İlk olarak, endüstriyelleşme öncesi toplumdaki bireyler, "mekanik dayanışma" içindedir. Bu tip dayanışmada bireyler birbirlerine *benzerlikleri* ile bağlıdır. Toplumsal bütünlüğü din sağlar. Din, Durkheim'da bir ilahiyat öğretisinden ziyade toplumun kendisini temsil eden bir idedir. Dini din yapan, Tanrı inancından çok, belli kutsalların tanımlanması ve bu kutsalların çevresinde bütünleşmenin sağlanmasıdır. Kutsallık, o değer sistemi tarafından ehemmiyetle korunan ve kutsallık taşımayanlar tarafından ona dokunulamayacağını ifade eden bir kavramdır[7]. Bu kutsallar da temelde toplumun kendisinin bir görünümüdür. Bireyler dini yaşamları ile esasında topluma bağlanırlar. Endüstriyelleşme öncesi toplumlarda bireylerin hayat tecrübeleri, yaşam tarzları ve kimlikleri içinde bulundukları toplumsal şartlar dolayısıyla farklılaşmaz. Bu toplumlarda bireylerin kimliği toplum karşısında silinir çünkü bireylerin farklılaşabilecekleri ve kişiliklerini ortaya çıkarabilecekleri alanlar yoktur. Toplumdaki her birey birbirinin benzeridir ve toplumla birlikte hareket eder. Mekanik dayanışmadaki, "mekanik" ifadesinin manası buradan gelir. Toplumu oluşturan bireylerin ortak tecrübeleri ile ortaya çıkan kolektif bilinç, buna aykırı davranışlara müsamaha göstermez çünkü toplumu bir arada tutan işte bu benzerliktir. Dinin kutsallarının korunmasına ilişkin pek çok kural vardır ve bunlara aykırılık davranışlara karşı toplum haraketli bir tepki verir.[8] Bundan dolayı Durkheim geleneksel toplumlarda ceza hukukunun daha kapsamlı ve bastırıcı nitelikte olduğuna işaret eder[9].

Öte yandan Durkheim endüstriyelleşme ile beraber toplumsal yapının niteliğinin değiştiğini ve modern toplumlardaki bireylerin artık "organik

---

7 DURKHEIM Emile, **Dini Hayatın İlkel Biçimleri**, 3. Baskı, Çeviren: Fuat Aydın, Eskiyeni Yayınları, Ankara, 2018a, ss. 40-45.

8 DURKHEIM Emile, **Toplumsal İşbölümü**, 3. Baskı, Çeviren: Özer Ozankaya, Cem Yayınevi, İzmir, 2018b, ss. 101-119.

9 YÜKSELBABA Ülker, "Emile Durkheim'a Göre Toplum, Düzen ve Hukuk: Hukukun ve Cezanın Evrimi", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 75, Sayı: 1, 2017, ss. 211-214.

dayanışma" içinde olduklarını söyler. Endüstriyelleşmenin oluşturduğu şehirleşme ile beraber toplumsal yoğunluk artmış, yerleşim bölgelerinde birçok kişi bir arada yaşamaya başlamıştır. Bunun sonucunda insanlar yaşamlarını sürdürebilmek için belli iş kollarında özelleşmişlerdir. Endüstriyelleşme süreci insanların belli mesleklerde çalışmalarını ifade eder. İnsanlar artık eskiden olduğu gibi tüm ekonomik ihtiyaçlarını kendileri karşılamaz. Bir takım mesleklerde uzmanlaşırlar. Bireyler mesleklerini icra ederek bir grup insanın ihtiyacı olan mal ve hizmetler üretir. Öte yandan bu meslek sahipleri de kendi emekleri ile karşılayamadıkları diğer ihtiyaçlar için başka meslek sahiplerine bağımlı olurlar. İşte bu, toplumsal işbölümüdür. Durkheim'a göre endüstriyel toplumların kolektif bilinci eskiden olduğu gibi hâkim bir nitelikte değildir. Çünkü insanların tecrübeleri artık farklılaşmaktadır. Her insan kendi mesleğine özgü bir hayat yaşamakta ve buna özgü hayat şartlarını tecrübe etmektedir. Bu sebeple de bireyler artık birbirine benzemez ve ortak tecrübelere dayalı kolektif bilincin kapsamı daralır. Bu durum dinin toplumsal yaşamdaki ağırlığının git gide azalmasında görülmektedir. Aynı şekilde, modern toplumların hukukları tam da bu kolektif bilincin daralmasının olgusal bir yansıması olarak, geniş kapsamlı ve bastırıcı cezai normlarından ziyade git gide özel hukuk normlarının kapsamının arttığı bir niteliğe bürünmektedir. Hukukun bu dönüşümü esasında toplumdaki dönüşümün bir yansımasıdır. Toplumlar toptancı bir din anlayışından sekülarizme, kolektivizmden de bireyciliğe evrilmektedir[10]. Durkheim, bu gelişimin endüstriyel toplumların çözülmesine veya dağılmasına yol açmayacağını çünkü benzerliğe dayalı "mekanik" dayanışmanın yerini işbölümüne dayalı "organik" dayanışmanın aldığını söyler. İşbölümü insanları birbirlerine benzerliklerinden dolayı değil, mesleki farklılıklarından dolayı bağlar. Organik dayanışmadaki, "organik" ifadesinin manası buradan gelir. Her birey, vücuttaki farklı organların işbölümünde bulunması gibi, farklı meslekleri icra ederek topluma bağlanır.[11]

Durkheim, mesleki farklılaşmaya dayalı işbölümünün modern toplumların dayanışması için asli bir unsur olduğunu ifade etmekle beraber, bunun toplumu bir arada tutan tek unsur olduğunu iddia etmez. Düşünüre göre modern toplumların kolektif bilinci eskiden olduğu gibi din temelli değildir.

---

[10] COTTERRELL Roger, **Law's Community: Legal Theory in Sociological Perspective**, Oxford University Press, New York, 2005, ss. 179-180.; ÜSKÜL ENGİN Zeynep Özlem, **Bireyselciliğe Tarihsel Bakış**, Bike Yayıncılık, İstanbul, 2003, ss. 46-47.

[11] DURKHEIM, 2018b, ss. 143-166.

Öte yandan toplumların ortak değerlerinin olmadığı da söylenemez. Durkheim, günümüzde farklı hayat tecrübeleri ile şekillenen farklı bireylerin her birinin kutsal sayıldığı bir anlayışın geliştiğini söyler. Düşünür buna "birey kültü" der. Bu anlayışın kaynağı herhangi bir entelektüel akım veya felsefi bir kuram değildir. Tıpkı dinin kaynağının toplum olması gibi, bireye verilen üstün değerin de kaynağı toplumun kendisidir. Ancak modern toplumlar eskisi gibi birbirine benzer bireylerden oluşmadığı için birey kültü ortak dini değerlerden ziyade bireyin otonomisi fikri temelinde gelişir.[12]

Bu soyut ve genelleştirilmiş birey anlayışında neyin ahlaki veya doğru olduğuna ilişkin yükümlülükler her bireyin ayrı tekil bireysel özelliklerine göre değil, tüm insanlıkta ortak olan niteliklere göre belirlenir. İşte bu değerler de bireyciliğin "kutsalı" olan birey kültünü ifade eder. Bireyin hayatına, özgürlüğüne ve haysiyetine karşı yapılanlar toplumda bir dehşet yaratır. Bunun sebebi, sadece o kişinin menfaatine duyulan ilgi veya benzer bir ihlalin daha sonra bu ihlale tanık olanlara da sirayet edebileceğine dair endişe değildir. Yaşanılan dehşet, kutsal olarak benimsenen bir değere saygısızlık yapılmasından kaynaklanır. Bu, dindar birinin kendi dinindeki bir kutsala küfür edilmesi halinde vereceği tepkiye benzer.[13]

Durkheim'a göre bireycilik; toplumsal yaşantıya, değerlere ve kurumlara intikal etmiştir. Günümüz toplumsal birlikteliğini bireycilikten bağımsız düşünmek mümkün değildir. Bu sebeple bireycilik, muhaliflerin iddia ettiği gibi toplumun hakiki gövdesinin dışında, ayrık ve çıkartılabilir bir unsur değildir. Modern toplumlar tam da insan haysiyeti ve otonomisi üzerinde şekillenen bir bireycilik anlayışı ile milli bütünlüklerini tesis ederler. Bireyciliğin bertaraf edilmesi halinde ise toplumsal ahlakın sil baştan tekrar inşa edilmesi gerekecektir ki düşünüre göre artık bu mümkün değildir.[14]

Durkheim açısından bir toplumun milli birliğinin sağlanabilmesi için o toplumun üyelerinin aynı hedefe odaklanmaları ve ortak bir bilinci sahiplenmeleri bir gerekliliktir. Öte yandan bu bilinç, insan haysiyeti temelli bir bireycilik olmak durumundadır. Toplumlar büyüdükçe ve endüstriyel iş bölümü arttıkça tüm insanların aynı kimliği taşımaları artık imkânsız hale gel-

---

12 DURKHEIM Emile, **Sosyoloji ve Felsefe**, 3. Baskı, Çeviren: Merve Elma, Pinhan Yayıncılık, İstanbul, 2020a, ss. 73-74.

13 DURKHEIM Emile, "Bireycilik ve Entelektüeller", **Ahlak ve Toplum**, 2. Baskı, Çeviren: Duygu Çenesiz, Pinhan Yayıncılık, İstanbul, 2019a, ss. 51-53.

14 DURKHEIM, 2019a, ss. 56-60.

miştir. Geleneksel kırsal toplumlar geçmişte bu şekilde bütünleşmiştir ancak günümüzde bu mümkün değildir. Modern toplumlardaki birey, kendine has tecrübeleri ile kişilik kazanır ve toplumdaki diğer bireylerden farklılaşır. Her insan mesleği gereği farklı bir hayat sürer ve diğerlerinden farklı değer anlayışlarına varır. Bu durumda insanları bir arada tutabilecek tek değer insanlığın kendisi kalmıştır. Modern toplumlar tekil olarak şu veya bu kişi veya değer sistemi üzerinde bütünleşemez. Bu ancak birbirine benzer, bireyleşememiş kişilerin oluşturduğu endüstriyelleşme öncesi toplumlarda geçerli olabilir. Bireyciliğe karşı çıkmak, günümüz modern toplumlarının içinde olduğu gelişime ve dönüşüme karşı çıkmakla denktir. Durkheim, Fransız toplumunun bir kriz döneminde olduğunu ve herkesin yükümlülüklerini yerine getirmesi için üstün bir toplumsal ahlakın mevcut olması gerektiğini teslim eder.[15] Ancak Durkheim'a göre Fransa'daki toplumsal krizin çözümü endüstriyelleşme öncesi eski değerlere dönüşten değil, yeni değerlerin özüne ilerlemekten geçer.[16] Dreyfus vakasında dini değerlerin veya militer milliyetçiliğin canlandırılması bundan dolayı hakiki bir çözüm teşkil etmez. Modern bir toplumun ortak değerlerini korumak için kişi haklarını korumak gerekir.

Durkheim bireyciliğin kişilerin sadece kendi menfaatlerini ifade eden içe dönük bir bilinç olmadığına işaret eder. Bireycilikteki "birey", insanlığı temsil eden bir soyutlama, bir genellemedir. Bu sebeple bireycilik bir egoizm anlayışı değil, tam tersine insanlığı taşıyan her bir kişiye duyulan ilgidir. Bu hakiki bireycilikte insanlar tıpkı dini bir itkiyi taşıyormuşçasına insanlığı taşıyan her bir bireyin hakkını vermeye ve eziyetini sona erdirmeye çalışır. Durkheim, bu sebepten dolayı bireyciliğin sadece bireyler için değil, aynı zamanda toplum için de arzu edilir olduğunu iddia eder. Pek tabii ki bu bireycilik anlayışını da bazı insanlar kendi menfaatleri için çarpıtarak uyguluyor olabilir. Ama aynı durum diğer inanç ve ahlak sistemleri için de geçerlidir. Burada bakılması gereken, bir değer sisteminin hakiki görünümünün nasıl bir anlayış barındırdığıdır.[17]

Durkheim, bireyci bir toplumda otoriteyi haiz kurumların var olması fikrine karşı değildir. Yetkin otoritelerin varlığı bireylerin otonomisine aykırı olmaz. Bireylerin otonomisine saygılı otoriteler, bireylerin hayatını daha

---

15 DURKHEIM, 2020a, ss. 84-86.

16 DURKHEIM, 2019a, ss. 56-58.

17 DURKHEIM, 2019a, ss. 53-55.

iyi hale getirecek toplumsal düzenlemeler yapabilir. Ancak otoritelerin üstün konumunun ve bu konumlarından dolayı verdikleri kararların akılcı gerekçelere dayanması gerekir. Yetkin otoritelere başvurmak ve bunların işlemlerini kabul etmek bireyciliğin ve hatta entelektüelliğin bir gereğidir. Öte yandan otoriteye koşulsuz biat etmek, bireycilik ile uyuşmaz. Otoritelerin işlemlerinin akılcı gerekçelere dayanıp dayanmadığını sorgulamak da bireyciliğin en temel unsurlarından biridir. Entelektüellerin otoriteleri sorgulaması doğaldır çünkü zaten işleri gereği herhangi bir sonuca ulaşmadan önce sağlam gerekçelerin olup olmadığına bakarlar. Bu sebeple otoritenin prestijine veya çoğunluk görüşüne hemen kapılmazlar.[18] Bundan dolayı Durkheim, modern bir toplumda ordu, mahkemeler, siyasi makamlar gibi otoritelerin varlığına karşı çıkmamakla beraber bunların işlemlerinin sorgulanmasını da doğal bulur.

Bu nedenle Durkheim, Dreyfus vakasında verilen kararı sorgulayanların ve eleştirenlerin sadece Dreyfus'un hakkını savunmadığını, aynı zamanda toplumu bir arada tutan temel bir değeri koruduklarını ifade eder. Endüstriyelleşmiş bir toplumun esas milli değeri, bireyciliktir. Kişi haklarını savunanlar aynı zamanda milli ruhun esasını oluşturan kolektif fikirleri ve hisleri korumuş olurlar. Bu, şekilci bir hukuk anlayışı değildir. Verilen tepki, söz konusu haklara ilişkin hukuk kurallarının yasallığından değil, onlara karşı hissedilen toplumsal yükümlülük bilincinden gelir. Kişi haklarının geçerliliği bu yasalardan ziyade doğrudan toplumu bir arada tutan ahlaktan doğar. Bu sebeple bireyciliği savunanlar gayrı milli değil, tam tersine millidir. Durkheim'a göre ordunun saygınlığı ile milli bütünlüğün temeli arasında illa bir tercih yapılacaksa bu noktada tartışmanın esas konusunu teşkil eden milletin birliğinin varlık sebebini gözden çıkarmaktansa otorite makamlarındakileri sorgulamak daha doğru olur.[19]

Bireyciliğin toplumsal dayanışmadaki merkezi rolünün anlaşılması kişi haklarının savunulmasına yönelik ilgiyi açıkladığı gibi, söz konusu kişilerin iddia edilen haklara sahip *olmadığına* ilişkin öne sürülen gerekçeleri de toplumsal bir bağlamın içine yerleştirir. Bu tartışmalarda çoğu kez söz konusu bireylerin aslında "bu toplumun" bir üyesi olmadığı, "yabancı" toplumların veya "dış" güçlerin bir parçası olduğu açıkça veya ima yoluyla ifade edilir. Durkheim'ın analizlerinden hareket eden Roger Cotterrell batı ülkelerinde terör şüphelilerine yapılan işkencelerin bu şekilde meşrulaştırıldığına işaret

---

[18] DURKHEIM, 2019a, ss. 55-56.

[19] DURKHEIM, 2019a, ss. 58-60.

eder.[20] Bu anlaşılır bir akıl yürütmedir çünkü yukarıda açıklandığı üzere ilgili kişi haklarının (örneğin vücut bütünlüğü veya adil yargılanma hakkı gibi) kaynağı *a priori* etik gerekçeler değil, toplumun kendisidir. Eğer kişi, bu toplumun bir üyesi değilse, ilgili haklarının temeli ortadan kalkar veya zayıflar. Bu sebeple bir kişinin belli bir hakkı olmadığına ilişkin bir argüman öne sürülecek ise buna güç verebilecek etkili bir strateji, o kişinin toplumun hakiki bir üyesinin olmadığının vurgulanmasıdır. Dreyfus vakası sırasında da Dreyfus'un yaptıklarına ilişkin kanıtlardan ziyade onun Musevi kimliğinin ön plana çıkartılması ve Musevilerin Fransa'ya ait olmadıklarına dair bir söylemin geliştirilmesi bu şekilde anlaşılabilir. Öte yandan Durkheim bu tip bir stratejinin yetersiz kalacağını çünkü bireycilik bilincinin yerleşmesi ile birlikte insanların etnik veya dini kimliklerden ziyade evrensel bir insanlık düşüncesine evrildiğini söyler[21].

Durkheim, bireyciliğin modern toplumlardaki önemini vurgulamakla beraber bu kavramın klasik liberal bir bağlamda anlaşılmaması gerektiğini belirtir. Durkheim'a göre Dreyfus vakasında temel kişi haklarının ihlali söz konusudur ancak bireycilik sadece devletin mahkemelerde masum insanları cezalandırmamasından veya onların kendi alanlarına gayrı meşru şekilde müdahalede bulunmamasından ibaret görülmemelidir. Durkheim'a göre hakiki bireycilik anlayışında toplum, bireyin hayatını onun otonomisine saygılı bir şekilde düzenler ve onu toplum ile bütünleştirir. Sıradaki başlıkta Durkheim'ın bireyciliğinin klasik liberalizmden farkı incelenecektir.

III. BİREY KÜLTÜNÜN KLASİK LİBERALİZMDEN FARKI

Durkheim, bireyciliğe karşı yükselen tepkinin esasında bireyciliğin yanlış anlaşılmasından kaynaklandığını savunur. Bireycilik, genellikle egoizm veya menfaatçilik ile ilişkilendirilir. Bu nedenle de bireyciliğe dair olumsuz bir kanı oluşmuştur. Durkheim bireyciliğin bu biçiminin Anglosakson klasik liberalizmi ile yakın olduğuna işaret eder. Klasik liberalizmde değerli ve önemli olan, kişilerin sübjektif tercihleri ve arzularıdır. Tercih ve arzuların kendi içinde bir değer arz etmesinin önemi yoktur, kişi tarafından istenilmesi onları değerli kılar. Maddi değil, şekli bir değerlendirme söz konusudur. Tekil bireylerin tercihlerine bakılarak neyin o bireyler için değerli olduğu

---

[20] COTTERRELL Roger, "Justice, Dignity, Torture, Headscarves: Can Durkheim's Sociology Clarify Legal Values?", **Social & Legal Studies**, Cilt: 20, Sayı: 1, 2011, ss. 12-13.

[21] DURKHEIM, 2019a, ss. 56-60.

belirlenir, o şeyler hakkında bir değer yargısında bulunulmaz. Kişinin kendisinin de özel bir değeri yoktur. Değerli olan insanlığın kendisinden ziyade insanların kendi tercihleri doğrultusunda tecrübe ettikleri hazlar, faydalardır. Birey bu tecrübelerin yaşanması için bir enstrümandır, kendi içinde bir amaç değil. Bundan dolayı bireyin özvarlığının dış müdahalelerden korunarak muhafaza edilmesi yeterli görülür. Bunun ötesinde bireyin objektif olarak iyi bir hayatı yaşaması için düzenlemelerde bulunulmasına ise eleştirel bakılır. Yine bu yaklaşıma göre toplum, bireylerin tercih ve arzularını mütekabiliyete dayalı bir şekilde karşıladıkları geniş ölçekli bir araçtır. Birey toplumla sadece kişisel menfaatleri doğrultusunda etkileşime girer ve ihtiyacı olanı aldıktan sonra tekrar özel alanına geri çekilir. Toplum, bu bağlamda bireylerin toplamını ifade eden bir genellemedir, fazlası değil. Bireylerin arasında menfaatlerinin ötesinde manevi bir bağ olmadığı gibi, toplum da kendi başına değer arz eden bir varlık değildir. Bireyler toplumdan (daha doğrusu, diğer bireylerin toplamından) bağımsızdır ve geçici menfaat ilişkileri dışında ondan kopuktur. Asıl hayat alanı bireyin kendi içindedir. Bundan dolayı klasik liberalizm anlayışında devletin yaptığı toplumsal düzenlemeler gereksiz, zararlı ve gayrı meşru görülür. İşte bu niteliklerinden dolayı klasik liberal bireycilik, gerçekten de milli bütünlük anlayışına ters bir anlayıştır.[22]

Durkheim, bireyciliğin bu tipine karşı getirilen eleştirilerde haklılık payı olduğunu teslim eder ancak bu bireycilik anlayışının artık demode olduğunu belirtir. Bu nedenle bireyciliği bu dar faydacı anlayış ile ilişkilendirerek bireyciliğin yanlış olduğu çıkarımında bulunmak hatalıdır. Anglosakson klasik liberalizmin aksine, Kıta Avrupası düşünce geleneğinin bireycilik anlayışında, bireyin kendisi tercih ve tecrübelerinden bağımsız olarak kutsal bir statüdedir. Tam da bu sebepten dolayı toplam fayda için feda edilemez. Bireycilik karşıtlarının hedef tahtasına oturttukları Anglosakson bireycilik anlayışı esasında bireylerin milli menfaatler için feda edildiği fayda hesaplarını onaylayabilir ama Kant ve Rousseau gibi düşünürlerin temsil ettiği felsefi çizgi bunu kabul etmez. Bu bireycilikte kişilerin kendi içgüdülerine göre hareket etmeleri değil, bunların üstünde yer alan erdemli ve saf bir akla göre davranması gerektiği fikri vardır. Bundan dolayı kişiler egoist bir şekilde kendi menfaatlerini savunmaz; tam tersine, her kişide var olan insanlığa kutsal bir değer atfederler. Fransız devrimi sonrası ilan edilen İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi de insan haysiyetine kutsal bir statü veren bu bireycilik

[22] DURKHEIM, 2019a, ss. 50-52.

anlayışını yansıtır. Kant'a göre insanın bireyliği onun diğer insanlardan bağımsız, sübjektif tercihlerinden gelmez[23]. Bireyin menfaatlerinden, tutkularından, mensup olduğu toplumsal gruplardan bağımsız bir soyut bir kişiliği vardır. İşte bu ideal birey üzerinden, kişinin davranışlarının ahlaklı, doğru, akılcı olup olmadığı değerlendirilir. Yoksa her sübjektif tercih ve arzu bir tutulmaz. Rousseau da, bireylerin kişisel iradelerine değil, genel iradeye dayalı bir anlayışı savunur[24]. Genel irade, kişisel iradelerin sübjektiflikten arındırılmış akılcı bir ortalamasıdır. Birey de, toplumun üyelerinin tamamının iradelerinden oluşan, dolayısıyla tekil bir kişinin iradesini ifade etmeyen genel iradeye göre davranmalıdır. Görüldüğü üzere hem Kant hem de Rousseau'ya göre bireylerin ne yapması veya ne yapmaması gerektiğine ilişkin ölçüt bu soyutlaştırılmış ve genelleştirilmiş birey kavramındadır; tekil ve toplumdan kopuk bir birey anlayışında değil.[25] Durkheim'ın bireycilik anlayışında kişinin kendisi toplumdan ayrık bir beden değildir. Birey, kendi özeli ile toplum arasında sürekli bağlantı halinde olan bir varlıktır (*homo duplex*)[26].

Durkheim'ın ifade ettiği bireyci toplumda kişiler sadece menfaatleri için o toplumda bulunmazlar. Ne de olsa menfaatler günden güne değişebilir. Bireyleri bir arada tutan şey, o toplumdaki diğer bireylere verdikleri değer ve bu değeri koruyan ahlaktır. Ancak bu tip bir ilişkide toplumsal yaşam istikrarlı, öngörülebilir olur ve toplumsal dayanışma mümkün hale gelir.[27] Toplumsal birliktelik kişilerin birbirlerine kendi menfaatleri doğrultusunda müsamaha gösterdikleri veya alışverişe giriştikleri bir ilişki değildir; toplumda bireyler birbirlerine kendi menfaatlerinin ötesinde bir değer verdikleri için bir dayanışma içindedirler. İşte bu bireycilik anlayışı, bireyleri kutsal görmekle birlikte bireyin kutsallığının kaynağı olan toplumu da bu bağlamın içine yerleştirir.

---

[23] KANT Immanuel, **Ahlak Metafiziğinin Temellendirilmesi**, 7. Baskı, Çeviren: İonna Kuçuradi, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 2018, Paragraflar: 26-96.

[24] ROUSSEAU Jean Jacques, **Toplum Sözleşmesi**, 10. Baskı, Çeviren: Vedat Günyol, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2013, ss. 13-15.

[25] DURKHEIM, 2019a, ss. 50-52.

[26] DURKHEIM Emile, "İnsan Doğasının Düalizmi ve İnsan Doğasının Toplumsal Koşulları", **Ahlak ve Toplum**, 2. Baskı, Çeviren: Duygu Çenesiz, Pinhan Yayıncılık, İstanbul, 2019b, ss. 164-165.

[27] COTTERRELL Roger, **Hukuk Sosyolojisine Giriş**, Çeviren: Saim Üye, Pinhan Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 116.

Durkheim bu analizinden hareketle bireyciliğin sadece devlet müdahalesinden bağışıklık ve azami serbestlik olarak anlaşılmasının hatalı olduğunu belirtir. Düşünür, devlet baskısının önlendiği bir siyasi özgürlük ortamının sağlanmasının önemli olduğunu teslim eder ancak bunun sadece kısmi bir ilerleme olduğunu belirtir. 18. yüzyıl ve sonrasında gerçekleşen özgürleşme, bireyi kısıtlayan devlet müdahalelerini ortadan kaldırmakta başarılıdır ancak bu nihai amaç olmamalıdır. Bireyciliğin sadece bununla eş tutulması onu oldukça basit ve noksan bir şekilde sunar ki bu yetersizlikler de kişilerin beklenti ve ihtiyaçlarını karşılayamaz ve tepkilere yol açar.[28]

Durkheim, her ne kadar liberalizmin serbestliği ile beraber gelen refahı ve özgürlüğü olumlu bulsa da bunu insan mutluluğu ile bir tutmaz. Düşünüre göre bireyin toplum ile bütünleşmesi gerekir. Bu bütünleşme her ne kadar endüstriyelleşme öncesi toplumlardaki gibi olmayacak olsa da, bireylerin toplumdan kopuk bir şekilde yaşamlarını sürdürmeleri mümkün değildir. Durkheim endüstriyelleşme sürecinin de çeşitli patolojiler doğurduğuna işaret eder. Eskiden insanların kişilikleri toplum tarafından silinip yutulurken, günümüz modern toplumlarında ise birçok birey toplumdan kopmakta ve hayatlarını hiçbir toplumsal düzenlemeye tabi olmadan sürdürmektedir. Yazar bu patolojinin bir sonucu olarak intihar vakalarının endüstriyelleşen toplumlardaki yükselişine dikkat çeker. Bu toplumlar geçmişe kıyasla daha zengin ve daha özgür olmakla beraber, insanlar geçmişe kıyasla daha fazla intihar etmektedir. İnsanlar daha yüksek gelir elde etmelerine rağmen git gide daha huzursuz ve hoşnutsuz olmaktadırlar. Durkheim bunu, bireylerin toplumla bütünleşememeleri ve toplumun bireylerin hayatını olması gerektiği gibi düzenleyememesine bağlar. Dolayısıyla birey ve toplumun uzaklaşması kendi başına iyi bir şey değildir. Toplum ile bireyin bütünleşmesi için çeşitli düzenlemelerin yapılması gerekir.[29]

Durkheim'a göre bireyci bir modern toplumda devlet kişilerin hayatına dayatmalarla müdahil olmaz ama bireylerin toplumsal etkileşimde bulunmaları ve kendi haysiyetlerini korumaları konusunda çeşitli düzenlemelerde bulunur. Cotterrell bu fikri açıklamak için batı ülkelerindeki başörtüsü yasaklarına karşı verilen tepkileri örnek gösterir. Bireyci anlayışta olan insanlar ve bu kişilerin çoğunluğu oluşturduğu batı toplumlarında kadınların baş-

---

28 DURKHEIM, 2019a, ss. 61-62.

29 DURKHEIM Emile, **İntihar**, 4. Baskı, Çeviren: Özer Ozankaya, Cem Yayınevi, İstanbul, 2017a, ss. 454-456.; DURKHEIM, 2018b, ss. 288-292.

larını örtmelerine devletin müdahale etmesine genel itibarıyla karşı çıkılmıştır. Bu tip bir dayatma kişi otonomisine aykırıdır. Ancak bireycilik yukarıda ifade edildiği üzere sadece "devletin karışmamasından" ibaret değildir. Başörtüsüne ilişkin "müdahalelere" karşı çıkan pek çok kişi, yine esasında bireyci bir anlayış ile Afganistan'da yaygın olarak giyilen, kadının tüm yüzünü ve vücudunu tek bir siyah örtü ile kaplayan peçeye de eleştirel yaklaşmıştır (her ne kadar cezai yaptırımlar yine tasvip edilmese de).[30] Çünkü bu giysi doğrudan birey ile toplum arasındaki etkileşimin "gerçekleşmemesine" yöneliktir. Öte yandan bireycilik, bireyin kendi otonomisini muhafaza ederek, toplumla bütünleşmesini öngörür. Bireyciliğe ilişkin bu bilinç, kişinin sadece kendi otonomisine karışılmamasına dair bir talep değil, aynı zamanda bireylerin toplumla etkileşim halinde olmasına, onların otonomisinin ve haysiyetinin korunmasına ilişkin bir ilgiliyi de temsil eder[31].

Durkheim, klasik liberalizmin modelinde olduğu gibi birey ile toplum arasında bir ayrışmanın olmasını oldukça zararlı görür. Bu bağlamda düşünür, toplum tarafından hayatı düzenlenmeyen ve topluma bütünleşemeyen bireylerin kendi varlıklarını yok etmeye daha yatkın olduğunu göstermiştir. Düşünür bir taraftan endüstriyel toplumların geçirdiği dönüşümden dolayı dine dayalı toplumsallaşma araçlarının artık demode olduğunu ifade etmekle beraber modern bir toplumda da bireylerin toplumsallaşmaları için alternatiflerin geliştirilmesi gerektiğini savunur. Aksi takdirde toplumdan kopan bireyler özgürleşmekten ziyade manevi olarak yoksunlaşır. Bireyciliğin hakiki halinin gerçekleştirilmemesi durumunda toplumsal bütünlük tam manasıyla sağlanamaz ve mevcut ilerlemeler toplum tarafından sahiplenilmez. Düşünüre göre Dreyfus vakasında entelektüellerin kişi haklarının ihlaline karşı verdikleri tepki yerinde olmakla beraber, bu yeterli değildir. Kişi hak ve özgürlüklerinin korunması ile milli bütünlüğün sağlanması için pek çok toplumsal reform gerçekleştirilmelidir. Sıradaki başlıkta Durkheim'ın reform önerileri incelenecektir.

IV. REFORM ÖNERİLERİ

Durkheim'ın modern toplumlardaki patolojiler için önerdiği reformlar beş başlıkta gruplanabilir: meslek örgütlerinin toplumsal yaşamdaki rolünün

---

[30] COTTERRELL, 2011, ss. 13-17.

[31] COTTERRELL Roger, **Law, Culture and Society: Legal Ideas in the Mirror of Social Theory**, Ashgate Publishing, Vermont, 2006, s. 168.

arttırılması, sosyal adaletin sağlanması, ailenin güçlendirilmesi, kadınların iş hayatına kazandırılması ve eğitimin geliştirilmesi.

İlk olarak Durkheim, meslek örgütlerinin toplumsal yaşamdaki rolünün arttırılması gerektiğini savunur. Durkheim'a göre artık kilise, toplumsal bütünleşme ve düzenleme işlevini sağlayamaz çünkü toplumun dayanışma biçimi değişmiştir. İnsanların hayat tecrübeleri aynı olmadığı için onları ortak bir din birleştiremez. Artık endüstriyelleşme ile birlikte insanlar farklı mesleklerde özelleşmekte ve farklı tecrübeler yaşamaktadır. Bununla birlikte insanların farklı mesleklerde özelleşmeleri, onların aynı meslek dalı ile ortaklaşabilme olasılığını doğurur. Meslek örgütleri aynı mesleği icra eden insanları doğal bir şekilde bütünleştirebilir ve onların hayatlarına ilişkin düzenlemeler getirebilir. Durkheim'a göre meslek örgütleri geçmişte bu işlevi gerçekleştirmede yetersiz kalsa da, bunun nedeni endüstriyelleşmenin emekleme aşamasında bu örgütlerin cılız kalmasıdır. Endüstriyelleşmenin belli bir eşiği aştığı modern toplumlarda ise meslek örgütleri ülke geneline yayılmıştır. Düşünüre göre günümüzde bu örgütler işbölümünün düzenlenmesi ve insanların toplumla bütünleşmesi noktasında etkin bir işlev görebilirler.[32]

Durkheim, meslek örgütlerini liberal ve hatta sosyalist bakış açılarında olduğu gibi salt bir menfaat birlikteliği olarak görmez. Düşünür açısından meslek örgütlerinin esas işlevi üyelerinin daha yüksek maaşlar almalarını veya daha iyi şartlarda çalışmalarını sağlamak değildir. Meslek örgütleri, o mesleği icra edenlerin bir araya gelip toplumsallaştığı yapılardır. Bu bağlamda Durkheim, eski dönemlerdeki loncaların uygulamalarına işaret eder. Bu loncalar sadece kişilerin mesleki menfaatlerini kolektif olarak koruyan birlikler değildi. Loncalarda insanlar birlikte vakit geçirir, kutlamalar yapar ve hatta vefat eden arkadaşlarının cenaze törenlerini düzenlerlerdi. Loncalar aynı zamanda ilgili mesleğe ilişkin çeşitli kurallar getirirdi. Örneğin loncalar, sözleşmelerin hangi şartlarda yapılması gerektiği, fiyatların nasıl belirlenmesi gerektiği, çalışanların iş güvenliğinin nasıl sağlanması gerektiği gibi konularda düzenlemelerde bulunurdu. Durkheim günümüz meslek örgütlerinin de geçmişte olduğu gibi insanların sosyalleştiği alanlar haline gelmesi gerektiğini ve ilgili ticaret veya sanayi dalına ilişkin özel kurallar getirmesi gerektiğini savunur. Bunu devletin yapması mümkün değildir çünkü farklı özellikleri olan insanların farklı birliktelikler kurması gerekirken devlet bu

[32] DURKHEIM, 2018b, ss. 21-49.

ihtiyaca cevap vermekten uzak, çok genel bir yapıdır. Meslek örgütleri ise meslektaşları bir araya getirme suretiyle bireylerin toplumdan kopmasını engeller[33]. Devletin kendi başına tüm ticaret ve sanayi kollarına özel yasama faaliyetinde bulunması da imkânsızdır. Meslek örgütleri ise kendi meslek alanları hakkında teknik bilgiyi haiz olduğu ve üyeleri ile doğrudan ilişkili olduğu için bu konuda çok daha iyi bir konumdadır. Durkheim, ekonomik düzenin ne sadece arz-talep doğrultusunda fiyatlanmasını ne de devletin tepeden inme bir şekilde meslek alanlarının farklılıklarını gözetmeksizin genel yasalar koymasını destekler. Düşünüre göre piyasa, meslek örgütleri tarafından düzenlenmelidir.[34] Bu düzenlemeler, ekonomik gelişim açısından akılcı olduğu gibi, bireylerin mesleklerine dair belli sınırlamalar ve güvenceler getirmek suretiyle onları manevi bir düzlemde de topluma bağlar. Bireyler mesleklerinden beklentilerini ve toplumdaki statülerini bu sayede makul bir çerçeveye oturtabilir.

İkinci olarak Durkheim, modern toplumların sosyal adaleti sağlaması gerektiğini savunur. Mevcut durumda pek çok kişi kendi yeteneklerine uymayan meslekleri icra ettikleri için hem kendileri hem de toplum bundan zarar görmektedir. Normal şartlarda herkesin işbölümünün yeteneklerine göre belirlenmesi gerekir. Ancak devletin müdahil olmaması halinde kişilerin işbölümlerini belirleyen şey, onların sözde rızaları ile yaptıkları sözleşmelerin oluşturduğu piyasadır. Ancak düşünüre göre "rıza" kendi başına sözleşmeleri adil hale getirmez çünkü mevcut durumda sözleşme kurulacak kişiler arasında büyük ekonomik eşitsizlikler vardır. Durkheim, toplumsal işbölümünün temeli olan sözleşmelerin adil olabilmesi için modern toplumların miras müessesesini kaldırması gerektiğini savunur. Miras, toplumdaki bazı bireyleri imtiyazlı kılarken diğerlerini bu imtiyazdan yoksun hale getirmektedir. Hâlbuki miras alanın mirasa hak kazanmasını temellendirecek bir gerekçe yoktur. Dahası, miras sayesinde zenginliğin toplandığı bireyler ile yoksul bireyler arasındaki müzakere şartları bozulur. Bir tarafta zenginler, sözleşme yapma konusunda seçici olabilirken, diğer tarafta yoksullar gündelik ihtiyaçlarını karşılamak için kendilerine önerilen iş sözleşmelerini kabul etmek zorunda kalırlar[35]. Bu durum Durkheim'ın toplumsal işbölümü

---

[33] COTTERRELL Roger, "Durkheim on Legal Development and Social Solidarity", **British Journal of Law and Society**, Cilt: 4, Sayı: 2, 1977, ss. 243-244.

[34] DURKHEIM, 2018b, ss. 21-49.

[35] DURKHEIM Emile, **Sosyalizm Dersleri**, Çeviren: Gökçe Yavaş, Pinhan Yayıncılık, İstanbul, 2017b, s. 267.

anlayışına terstir. İşbölümü, kişilerin yetkinlikleri doğrultusunda belirlenmelidir, keyfi süreçler sonucu oluşmuş imtiyazlarına göre değil. Düşünür bu patolojik koşullarda işbölümünün bireylerin "zorlanması" ile sağlandığını söyler ve bunu adalete, sağlıklı bir toplum yapısına aykırı bulur[36]. Dolayısıyla insanlar aslında hak etmedikleri işleri içine doğdukları ekonomik şartlardan dolayı zorla kabul etmek durumunda kalırlar ki bu da insan haysiyetine aykırıdır. Düşünür, mirasın esasında endüstriyelleşme öncesi toplumlardan kalma bir kurum olduğunu ve hiç de günümüzde savunulduğu gibi bir meşruluk temelinin olmadığını söyler. Geleneksel toplumlarda miras aile büyüklerinden ailenin genç fertlerine kalır. Bu modelde miras, esasında bireylerin "ihtiyaçlarını karşılayacak" ölçektedir ve çocuklar arasında eşitlikçi bir şekilde paylaştırılır. Kaldı ki yine geleneksel toplumlarda kişiler kendileri kadar ailelerinin de ekonomik ihtiyaçlarını karşılamakla yükümlüdürler. Dolayısıyla miras geçmişte kişilerin tercihlerine bağlı bir serbestlik alanı olmamış ve büyük ekonomik eşitsizlikler doğurmamıştır. Günümüzde ise miras hatalı bir şekilde miras bırakanın kendi serbestlik alanı olarak sunulmakta ve yarattığı muazzam sosyoekonomik eşitsizlikler göz ardı edilmektedir. Durkheim'a göre miras geçmişte olduğu gibi modern zamanlarda da toplumsal bir kurum olarak anlaşılmalı ve mevcut durumda yarattığı adaletsizlikten ötürü ortadan kaldırılmalıdır.[37]

Durkheim, miras müessesesinin kaldırılmasının toplumdaki tüm eşitsizlikleri ve adaletsizlikleri bitirmeyeceğini kabul eder. Miras sadece nesiller arası maddi imtiyazların aktarımını önleyerek bu imtiyazlara dair liyakatsizlikten kaynaklanan eşitsizlikleri önler. Ancak düşünür daha mirasa hak kazanmadan önce eğitimli bir ailede doğmanın kendi başına birçok imtiyaz getirdiğini ve bunların dahi kişinin liyakate ilişkin özelliklerini belirlediğini belirtir. Dolayısıyla mirasın olmadığı bir toplumda dahi kişiler doğumlarındaki şanslarından dolayı eşit olmayan bir şekilde belli imtiyazlara sahip olacaktır. Bundan dolayı sadece liyakate dayalı bir adalet anlayışı da eksik kalır. Dahası, toplumda bireyler arası duygudaşlığın sebebi sadece liyakat de değildir. Yurttaşlar birbirlerini sadece yetkin oldukları, belli bir mesleği iyi icra ettikleri için değil, sadece insan oldukları için sever. Durkheim mirasın kaldırılmasından sonra geriye kalacak eşitsizliklerin çözümü olarak "iyilik-

---

[36] TÜRKBAĞ Ahmet Ulvi, **Hukuk Sosyolojisinde Güncel Bir Radikal: Donald Black**, Derin Yayınları, İstanbul, 2009, ss. 29-32.

[37] DURKHEIM Emile, **Sosyoloji Dersleri**, 6. Baskı, Çeviren: Ali Berktay, İletişim Yayınları, İstanbul, 2018c, ss. 280-286.

severlik" erdemine işaret eder. Durkheim, insanların birbirlerini yetkinliklerinden bağımsız bir şekilde, kardeşleri olarak sevebileceği bir ülkünün nüvelerinin modern toplumlarda mevcut olduğunu söyler, her ne kadar bu ülkü henüz tam manasıyla gerçekleştirilmemiş olsa da[38]. Birey kültü yalnızca insanların otonomilerine devletin müdahale etmemesi manasına gelmez, aynı zamanda insanın haysiyet içinde yaşayabileceği maddi şartların sağlanmasını da ifade eder. Buna göre dayanışması güçlü bir toplum, ekonomiye büyük bir katkıda bulunmaktan aciz kişilerin de haysiyetli bir yaşam sürebilmelerini sağlayacak maddi desteğin verilmesini onaylayacaktır.

Üçüncü olarak, Durkheim ailenin güçlendirilmesi gerektiğini savunur. Düşünürün *İntihar* eserindeki istatistiksel tespitlerine göre evli ve çocuk sahibi olmak erkeklerin intihara karşı bağışıklığını arttırmada önemli bir unsurdur. Bu bağlamda yazar, evliliğin korunmasını ve boşanmanın zorlaştırılmasını olumlu bir şey olarak önerir. Bireyler sınırsız bir serbestlikten ziyade, kalıcı, istikrarlı ilişkiler içinde hem aileleri ile bütünleşip yalnız olmaktan korunur, hem de hayatlarına ailenin ihtiyaç ve gerekliliklerinden kaynaklanan bir düzen gelir. Durkheim'a göre bu yükümlülükler bireye zararlı değil, faydalıdır. Çünkü birey, kendi başına sınırsız özgür kaldığında mutlu olmaz. Durkheim, Katolik boşanma yasağının kaldırılmasına karşı çıkmaz ancak artan boşanmaların ve çocukların ailelerinden uzaklaşmalarının da başka sorunlar yarattığına işaret eder. Düşünüre göre boşanmanın yasaklanması hatalı olsa da, boşanmanın güçleştirilmesi ailenin korunması için makul bir önlemdir.[39] Görüldüğü üzere bireycilik, devletin kişilerin medeni hallerine ilişkin mutlak bir tarafsızlık ve ilgisizlik içinde olması manasına gelmez. Tam tersine devlet, kişilerin başkaları ile bütünleşmesi ve hayatlarının belli bir düzene girmesi konusunda bir takım düzenlemelerde bulunmaktadır ve bulunmalıdır da. Bireycilik, kişinin hayatını kendi iradesi ile şekillendirmesini ifade etmekle beraber, toplumsal düzenlemeleri kategorik olarak dışlamaz.

Dördüncü olarak Durkheim, kadınların iş hayatına kazandırılması gerektiğini savunur. Bu önerisinin çıkış noktası, intihar vakaları açısından evliliğin kadınlarda erkeklerdeki gibi olumlu bir etki yaratmıyor oluşudur. Düşünür bundan hareketle kadınların toplumsal yaşamda bireyselleşemedikleri ve aşırı kontrol altında oldukları çıkarımında bulunur. Erkeklerin hayatı ge-

---

38 DURKHEIM, 2018c, ss. 287-288.

39 DURKHEIM, 2017a, ss. 451-452.

reğinden fazla serbest iken (ve bundan dolayı evlilik onların hayatına olumlu bir etkide bulunurken), kadınların hayatı toplum tarafından gereğinden fazla düzenlenmektedir (ve bundan dolayı evlilik onların hayatına olumlu bir etkide bulunmamaktadır). Durkheim bu asimetrinin çözülmesi için kadınların toplumsal yaşamdaki özgürlüklerinin arttırılmasını savunur. Kadınlar sadece ev içinde kalmamalı, onlar da erkekler gibi işbölümünde belli roller almalıdır. Öte yandan Durkheim, yine sosyolojik anlayışına paralel olarak kadın-erkek eşitliğinin yalnızca kâğıt üstünde eşit haklar tanınarak çözümlenemeyeceğini de belirtir. Asıl belirleyici unsur, kadınların da tıpkı erkeklerin bireyselleşme süreçlerinde olduğu gibi iş hayatına katılarak "ruhsal" bir dönüşüm geçirmeleri olacaktır. Ancak bundan sonra hukuk, bu süreç sonucu denk hale gelmiş iki cinsiyete gerçekten eşitçe muamele edebilir. Kadınlar da işte bu işbölümü sürecinde kişiliklerini geliştirerek toplumsal hayatta özgürce hareket edebilirler. Durkheim'a göre kişiler kendiliklerinden yasal haklar kazanmadıkları gibi, sırf belli haklar yasal olarak tanındı diye bu haklar kendiliklerinden kişiler tarafından etkin bir şekilde kullanılmaz. Asıl belirleyici olan şey, bu hakların ve yaşam tarzının temeli olan bireyselleşmedir. Bu bireyselleşmenin de toplumsal kaynağı işbölümüne iştiraktir.[40]

Beşinci olarak Durkheim, eğitimin geliştirilmesi gerektiğini savunur. Durkheim açısından eğitim, çocuklara bir takım bilgilerin öğretildiği bir faaliyetten ziyade onların kişilik kazanmalarını ve toplumsallaşmalarını sağlayan bir süreçtir. Bu açıdan Durkheim, eğitimin müfredatından ziyade bunun nasıl verilmesi gerektiğine ilişkin öneriler getirir. Durkheim ilk olarak, çocuklara disiplinin aşılanması gerektiğini söyler. Disiplinin amacı çocukların iradesini kırmak veya onları despotik bir düzene sokmak değildir. Disiplin, kişinin kendi iradesini olması gerektiği gibi kullanması için ihtiyaç duyduğu bir yetidir. Düşünüre göre disiplin, otonominin bir gereğidir çünkü çocuk kendi iradesine hâkim olmadan, onu akılcı bir şekilde kullanmadan ergin bir birey haline gelemez. Disiplin, çocukların arzularının kontrol altına alınması ve egoist dürtülerinin dizginlenmesi ile gerçekleşir. Bu sayede kişilik sahibi bireyler olarak toplumsal yükümlülüklerini anlayıp, bunları yerine getirebilirler. Ancak burada kullanılması gereken metot çocuklara rastgele sert cezalar verilmesi değil, öğretmenin sınıfta otoriteyi sağlaması ve ilan edilen kuralları uygulamasıdır. Durkheim'a göre eğitimde öğretmenlerin otoritesinin kaynağı cezalar değil, öğretmenin yetkinliğidir. Öğretmenin

[40] DURKHEIM, 2017a, ss. 452-453.

yetkinliği öğrenciler tarafından anlaşıldığında, öğrenciler öğretmenin otoritesine saygı göstereceklerdir. Özgürlük ve otorite birbiriyle çatışmaz. Adil bir otorite kişinin özgürlüğünü daraltmaz, tam tersine ona gerçek anlamda özgürlük sağlar. Çünkü özgürlük hoşa gideni yapmak değil, yükümlülükler çerçevesinde akılcı olanı yapmaktır. Tıpkı bir sınıfın yetkin bir öğretmenin otoritesi altında, belli bir düzen içerisinde ders işlemesi gibi. Diğer taraftan otoritenin varlığı da bireyin tamamen kısıtlanması manasına gelmez. Otoritenin gerçek anlamda var olması için bireyin otoritenin işaret ettiği yükümlülükleri kendi iradesi ile yerine getirmesi gerekir, korktuğu için değil.[41] Durkheim, çocukların toplumla bütünleşmesi açısından eğitimi asli bir unsur olarak görür. Çocuklar eğitim süreçlerinde hem sınıflarındaki diğer öğrenciler hem de öğretmenleri ile bütünleşir. Düşünüre göre bu süreç çocukların kendi ailelerinin ve yereldeki küçük gruplarının ötesindeki toplumla bütünleşebilmeleri açısından çok önemlidir.[42]

Durkheim, bireyciliğin ve bireyciliğin sağladığı milli bütünlüğün ancak bu tip reformlarla muhafaza edilebileceğini düşünür. Bundan dolayı bireyciliğin savunulması sadece kişi haklarını devletin haksız müdahalelerine karşı korumakla sınırlı olmamalıdır. Bunun ötesine geçerek bireycilik gerçek manada tamamlanmalı, geliştirilmeli ve düzenlenmelidir. Ancak bu şartlarda bireycilik modern toplumlarda yerleşebilir. Dreyfus vakasında olduğu gibi kişilerin adil yargılanma hakkını savunmak önemli ve gerekli olsa da, sadece bu seviyede kalmak ihtiyaç duyulan toplumsal ilerlemeyi sağlayamaz.

SONUÇ

Durkheim'in görüşleri bireycilik-toplumculuk veya kişi hakları-milli bütünlük münazaralarına oldukça özgün bir katkıda bulunmaktadır. Bu tartışmalar genellikle yalnızca ahlaki, siyasi ve hukuki boyutları ile ele alınmaktadır. Öte yandan Durkheim, bu tartışmanın sosyolojik boyutuna eğilmekte ve diğer yaklaşımların aydınlatmadığı unsurları açıklamaktadır.

Durkheim'ın analizleri sadece Fransa'ya veya Dreyfus vakasına özgü değildir. Endüstriyelleşme ve bireyselleşme sürecinden geçen tüm toplumlar açısından bu fikirlerin önemli bir ağırlığı vardır. Türkiye'deki toplumsal

---

41 DURKHEIM Emile, **Eğitim ve Sosyoloji**, 2. Baskı, Çeviren: Pelin Ergenekon, Pinhan Yayıncılık, İstanbul, 2020b, ss. 74-75.

42 DURKHEIM Emile, **Ahlak Eğitimi**, Çeviren: Hüsen Portakal, Cem Yayınevi, İstanbul, 2016, ss. 21-39.

gelişmeler de bu kapsamda değerlendirilebilir. Kişi hakları ve millilik argümanları Türkiye'de de sık sık öne sürülmektedir. Bu tartışmada kişi haklarını savunan kanadın, kişi haklarının ötesinde başvurduğu öge genellikle tuhaf bir şekilde ekonomi olmaktadır. Bu destekleyici gerekçeye göre kişi haklarının ihlal edilmesinin hukuk devletine verdiği zarardan dolayı ekonomik etkileri de olur. Yatırımcılar hukukun devletinin zayıf olduğu ülkeleri tercih etmez ve bu da ülkedeki refahı olumsuz etkiler. Bu fikirde her ne kadar bir miktar doğruluk payı olsa da, esasında çok büyük genellemelere dayanmaktadır. Yatırımcılar gerçekten de "kendi" maddi menfaatlerini koruyacak şekilde malvarlıkları ve sözleşmeleri için hukuki güvenceler ve etkin bir yargı sistemi arar. Ancak bu, söz konusu ülkedeki "herkesin" hukuk devletinin güvencesi altında olması için büyük bir beklentide oldukları manasına gelmez. Pek çok ülkede yatırımcılar hukuk sistemi tarafından etkin bir şekilde korunmakta ve bu alan, söz konusu hukuk sisteminde gerçekleşen diğer sorunlardan etkilenmemektedir. Türkiye'de de her ne kadar hukuk devleti ve kişi hakları açısından pek çok sorun olsa da, bu durum doğrudan ülkedeki yerli veya yabancı yatırımcılar açısından bir risk teşkil etmemektedir. Bu noktada döviz kurunda gözlemlenen risk algısı akla gelebilir ancak bu konuda dahi belli kişi hakları ihlallerinden ziyade jeopolitik anlaşmazlıklar ve kriz olasılıklarının asli unsur olduğunu görmek gerekir. Bu sebeple kişi haklarının ihlalinin, bireylerin ötesinde bir etki yarattığı iddia edilecekse bu argümanın doğrudan ekonomi üzerinden kurulması yetersizdir.

Durkheim'ın milli bireycilik anlayışı ise çok daha temel bir iddiada bulunmaktadır: kişi hak ve özgürlüklerinin korunması, milli bütünlüğün bir gereğidir. Modern toplumları bir arada tutan manevi bağa ilişkin bu iddia çok daha güçlüdür. Türkiye de günümüz itibarıyla artık endüstriyelleşmiş bir ülke haline gelmiştir ve nüfusun çoğunluğu artık şehirlerde yaşamaktadır. Buna paralel olarak Durkheim'ın ifade ettiği dayanışma tipi de değişmektedir. Dini (veya siyasi) kimliklerin benzerliğine dayanan bir toplumsal bütünlük anlayışının gücü geçmişe kıyasla daha zayıftır. Bunun yerine neredeyse tüm kesimlerde belli bir kişi hak ve özgürlükleri veya başka bir ifadeyle "insan hakları" anlayışı gelişmektedir. Gelecekte gerçek anlamda bir bütünleşme sağlanacak ise bunun zorunlu olarak bir bireycilik anlayışı gerektirdiği ortadadır. Bu sebeple kişilerin haklarını savunmak ile milli bütünlük arasında günümüz toplumlarında bir aykırılık yoktur. Tam tersine, kişi hakları ihlallerinde devlet otoritelere saygı gereği tepki verilmemesi o toplumun dayanışmasının zayıf olduğunu gösterir. Devletin haksız müdahalelerine veya mahkemelerin adaletsiz hükümlerine karşı çıkmak milli bütünlüğü

sağlayan toplumsal dayanışmaya zarar vermez, güçlendirir. Vatandaşların modernleşme ile kendi kişiliklerini kazanmaları ve bireyselleşmeleri de milli bütünlüğün ortadan kalkması manasına gelmez. Eskiden olduğu gibi aynı dini veya siyasi değerlerde mutlak bir mutabakatın oluşması günümüz şartlarında mümkün değildir. Artık toplum olarak ortak bir paydada buluşulacak ise bu, insan haysiyetine dayalı bir bireycilik anlayışında olmalıdır.

Dikkat edilmelidir ki Durkheim'ın bireycilik anlayışında bireylerin otonomisine saygı gösterilmesi gerekir ve dolayısıyla bireylerin tercihlerine karşı eşit mesafede olunması icap eder. Türkiye'deki kişi haklarına ilişkin savunular ise ne yazık ki genellikle gerçek anlamda bireyci değildir çünkü belli kişilerin belli haklarını koruma konusunda seçicilik oldukça yaygındır. Hakiki bir bireycilik, bireylerin yaşam tarzları ve tercihleri ne olursa olsun adil bir şekilde muamele edilmesi gerektiğini ifade eder. Bu sebeple insanların sadece "kendi mahallelerindeki" bireylerin haklarını savunması bireycilik anlayışı açısından tutarlı olmadığı gibi bireyciliğin toplumsal boyutuna da hizmet etmez.

Bireyciliğin sadece negatif haklarının muhafaza edilmesi seviyesinde kalması da Durkheim'ın ifade ettiği üzere yeterli değildir. Sadece bu seviyede kalan bir hak savunuculuğu toplumsal bir nitelik kazanamaz. Hakiki bir bireycilik anlayışının bireyin toplumsal yaşamının düzenlenmesi ve toplumla bütünleşmesi meselelerine dair doğru tespitler ve çözümler getirmesi de gerekir. Türkiye'deki kişi hakları savunusu ve bunların yarattığı tartışmalar çoğu zaman sosyal adaletsizliklere ve reformlara ilişkin tartışmaların önüne geçmektedir. Hâlbuki toplumun geniş kesimlerinin bireyciliği ve kişi haklarını sahiplenmesi için bu sorunların da bireycilik kapsamında değerlendirilmesi ve çözümler geliştirilmesi gerekmektedir.

Türkiye'de bu toplumsal sorunlara ilişkin tartışmalar da genellikle ekonomik ögelere ve hedeflere odaklanılarak yapılmaktadır. Durkheim'ın analizi ise meselenin toplumsal ahlak boyutuna işaret etmektedir. İnsanların modern toplumlardaki memnuniyetsizlikleri maddi değil, manevi yoksunluktan kaynaklanır. Örneğin son dönemlerde ön plana çıkan liyakat taleplerinin özü, liyakatsiz kişilerin yetersiz performansından kaynaklanan maddi refah kaybı değil, insanların haksız bir şekilde muamele edildiklerini düşünmelerinden dolayı hissettikleri adaletsizliktir. Durkheim'ın bakış açısı ile Türkiye'deki eğitim sistemi tartışmalarına bakıldığında da benzer sonuçlara varılabilir. Eğitim sistemine ilişkin derinlerdeki asıl endişe genellikle ifade edildiği üzere çocukların belli müfredat başlıklarında (örneğin kodlama veya

yabancı dil gibi) yeterli donanıma sahip olup olmamaları değildir. Eğitim sisteminde hissedilen asıl eksiklik, çocukların modern bir toplumda olması gerektiği gibi kendi kişiliklerini geliştirememesi ve toplumsal yaşama katılım noktasında fırsat eşitliğinin sağlanamamasıdır. Dolayısıyla bu sorunların çözümlerinin de sorunun kaynağı olan ahlaki meselelere eğilmesi gerekir, sadece ekonomik göstergelere değil.

Durkheim'ın sosyolojik anlayışının değeri, bu tip ahlaki ve hukuki tartışmaların temelindeki toplumsal olguları aydınlatmasıdır. Bireycilik, kişi hak ve özgürlükleri, millilik, ahlak gibi kavramlar soyut bir şekilde var olmazlar. Bunların hepsinin toplumsal bir karşılığı vardır. Bu sebeple bu kavramlara ilişkin analizlerde toplumsal gerçeklikten kopulmaması gerekir. Durkheim'ın analizi esasında göreceli bir bakış açısı sunmaktadır. Yazar, "her" toplum için bireyciliğin uygun düştüğünü iddia etmez. Toplumsal işbölümünün geliştiği, "modern" toplumlar için bunun elzem olduğunu savunur. Bu gerekliliğin sebebi de etik veya hukuki kaynaklardan değil, doğrudan "toplumsal" şartlardan gelir.

Durkheim'ın analizleri, günümüz toplumlarının kişi haklarına bakışını ve bu anlayışın toplumsal birliktelik bağlamında yarattığı etkileri göstermesi açısından ufuk açıcıdır. Ancak hiçbir kuramın toplumsal gerçekliği bütün yönleri ile aydınlatması beklenemez. Girift toplumsal problemlerin kolay çözümleri olmaz. Durkheim'ın tespitlerinin bunları topyekûn ortadan kaldırmaya yeterli olduğunu söylemek zordur. Durkheim, çeşitli kuramsal kalıplar sayesinde toplumsal gerçekliğe ilişkin belli ögeleri açığa çıkarmakla beraber kimi unsurlara da analizlerinde yeterince yer vermemektedir. Düşünür, toplumdaki bölünmeleri, çıkar çatışmalarını ve güç ilişkilerini dikkate almamaktadır. Durkheim'da toplum, bütünleşme ve düzenlenme meselelerinde kimi sorunlar yaşasa da, neticede tek bir yapı olarak ele alınmaktadır. Ancak toplumsal yapıları sadece kolektif bilincin veya toplumsal işbölümünün oluşturduğunu söylemek zordur. Sınıf, toplumsal cinsiyet, dini ve etnik kimlik gibi pek çok unsur toplumsal bölünmelere yol açmakta ve bunlar arasında bazı gruplar iktidara sahip olarak diğerleri üzerinde tahakküm ilişkileri kurmaktadır. Durkheim'ın reform önerileri de her ne kadar ilgi çekici olsa da, karmaşık ve kronik toplumsal sorunların sadece bu reformlar ile çözülebileceğini söylemek zordur. Durkheim, mirasın kaldırılması, kadınların iş hayatına kazandırılması gibi reform projelerine karşı ortaya çıkabilecek muhalefetin sebeplerine ve bunların nasıl bertaraf edilebileceğine dair bir açıklama da getirmemektedir.

Bu eksikliklere rağmen Durkheim'ın görüşlerinin güçlü yanları gözden çıkartılmamalıdır. Toplumsal gerçeklik yukarıda ifade edilen eleştirideki gibi sadece baskı ve iktidar ilişkileri ile de açıklanamaz. Durkheim, toplumdaki farklı kişilerin ve grupların belli değerler çevresinde birleşebildiğini ve bunun sonuçlarını göstermektedir. Toplum yalnızca çatışan gruplardan meydana geliyor olsa idi, tüm toplumsal yaşam mücadeleden ibaret olurdu. Hâlbuki pek çok modern toplumda bireyler birbirlerinin otonomisine saygıyı ve adaletin sağlanmasını ortak bir değer olarak gözetmektedir. Durkheim'ın analizlerinin sunduğu araçlar bireyciliğe ilişkin ilgi ve tepkinin anlaşılmasına yardımcı olduğu gibi, bu meselelere dair çeşitli çözüm olasılıklarını göstermekte de oldukça başarılıdır.

KAYNAKÇA

BREDIN Jean-Denis, **The Affair: The Case of Alfred Dreyfus**, İngilizceye Çeviren: Jeffrey Mehlman, George Braziller, New York, 1986.

BRITANNICA The Editors of Encyclopaedia, "Alfred Dreyfus", **Encyclopaedia Britannica**, Bağlantı: https://www.britannica.com/biography/Alfred-Dreyfus, (Son Erişim Tarihi: 1.2.2021).

BRUNETIERE Ferdinand, "Apres le Proces", **Revue des Deux Mondes**, 4. Period, 146. Cilt, 15 Mart 1898, ss. 428-446.

COTTERRELL Roger, "Durkheim on Legal Development and Social Solidarity", **British Journal of Law and Society**, Cilt: 4, Sayı: 2, 1977, ss. 241-252.

COTTERRELL Roger, "Justice, Dignity, Torture, Headscarves: Can Durkheim's Sociology Clarify Legal Values?", **Social & Legal Studies**, Cilt: 20, Sayı: 1, 2011, ss. 3-20.

COTTERRELL Roger, **Hukuk Sosyolojisine Giriş**, Çeviren: Saim Üye, Pinhan Yayıncılık, İstanbul, 2020.

COTTERRELL Roger, **Law, Culture and Society: Legal Ideas in the Mirror of Social Theory**, Ashgate Publishing, Vermont, 2006.

COTTERRELL Roger, **Law's Community: Legal Theory in Sociological Perspective**, Oxford University Press, New York, 2005.

DRAKE David, **French Intellectuals and Politics from the Dreyfus Affair to the Occupation**, Palgrave MacMillan, New York, 2005.

DURKHEIM Emile, "Bireycilik ve Entelektüeller", **Ahlak ve Toplum**, 2. Baskı, Çeviren: Duygu Çenesiz, Pinhan Yayıncılık, İstanbul, 2019a, ss. 49-63.

DURKHEIM Emile, "İnsan Doğasının Düalizmi ve İnsan Doğasının Toplumsal Koşulları", **Ahlak ve Toplum**, 2. Baskı, Çeviren: Duygu Çenesiz, Pinhan Yayıncılık, İstanbul, 2019b, ss. 161-176.

DURKHEIM Emile, **Ahlak Eğitimi**, Çeviren: Hüsen Portakal, Cem Yayınevi, İstanbul, 2016.

DURKHEIM Emile, **Dini Hayatın İlkel Biçimleri**, 3. Baskı, Çeviren: Fuat Aydın, Eskiyeni Yayınları, Ankara, 2018a.

DURKHEIM Emile, **Eğitim ve Sosyoloji**, 2. Baskı, Çeviren: Pelin Ergenekon, Pinhan Yayıncılık, İstanbul, 2020b.

DURKHEIM Emile, **İntihar**, 4. Baskı, Çeviren: Özer Ozankaya, Cem Yayınevi, İstanbul, 2017a.

DURKHEIM Emile, **Sosyalizm Dersleri**, Çeviren: Gökçe Yavaş, Pinhan Yayıncılık, İstanbul, 2017b.

DURKHEIM Emile, **Sosyoloji Dersleri**, 6. Baskı, Çeviren: Ali Berktay, İletişim Yayınları, İstanbul, 2018c.

DURKHEIM Emile, **Sosyoloji ve Felsefe**, 3. Baskı, Çeviren: Merve Elma, Pinhan Yayıncılık, İstanbul, 2020a.

DURKHEIM Emile, **Toplumsal İşbölümü**, 3. Baskı, Çeviren: Özer Ozankaya, Cem Yayınevi, İzmir, 2018b.

KANT Immanuel **Ahlak Metafiziğinin Temellendirilmesi**, 7. Baskı, Çeviren: İonna Kuçuradi, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 2018.

LUKES Steven, **Emile Durkheim: His Life and Work**, Harper & Row Publishers, New York, 1985.

ROUSSEAU Jean Jacques, **Toplum Sözleşmesi**, 10. Baskı, Çeviren: Vedat Günyol, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2013.

TÜRKBAĞ Ahmet Ulvi, **Hukuk Sosyolojisinde Güncel Bir Radikal: Donald Black**, Derin Yayınları, İstanbul, 2009.

ÜSKÜL ENGİN Zeynep Özlem, **Bireyselciliğe Tarihsel Bakış**, Bike Yayıncılık, İstanbul, 2003.

YÜKSELBABA Ülker, "Emile Durkheim'a Göre Toplum, Düzen ve Hukuk: Hukukun ve Cezanın Evrimi", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 75, Sayı: 1, 2017, ss. 191-226.

ZOLA Émile, "J'accuse", **L'Aurore**, 13 Ocak 1898.

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2021; 1: 267-313

ADLİ PSİKOLOJİ NAZARINDA CEZA MUHAKEMESİNDE GERÇEĞE AYKIRI TANIK BEYANI(*)

Dr. Öğr. Üyesi **Can CANPOLAT**(**)

Öz: Adli psikoloji, psikoloji bilgisinin hukuki meselelerin çözümünde kullanılmasını konu edinir. Dolayısıyla, adli psikolojinin, hukuk ve psikolojinin kesişim alanında yer aldığı ve hukuk psikolojisinin bir alt dalı olduğu söylenebilir. Bu kapsamda, yargılamada bir süje olarak yer alan tanık beyanlarının güvenilirliği, esas itibarıyla psikolojiye ilişkin yöntemlerle belirlenebileceğinden, beyan psikolojisi başlığı altında adli psikolojinin konusunu oluşturmaktadır.

Ceza yargılamasında sıkça başvurulan bir delil olan tanık beyanının güvenilirliği, beyanın sıhhati ile yakın ilişki içerisindedir. Tanık, çeşitli nedenlerle gerçeğe aykırı beyanda bulunabileceğinden, beyanın sıhhati çoğu zaman tartışmalıdır. Tanık beyanının gerçekle uyuşmamasının nedeni; hissetme, algılama, hatırlama ve beyanda bulunma şeklinde ortaya çıkan bilişsel süreçle ilgili olabilir. Bununla birlikte tanık, sosyal veya kişisel nedenlerle bilerek gerçeğe aykırı beyanda da bulunabilir, yani yalan söyleyebilir.

Çalışmada, gerçeğe aykırı tanık beyanı, adli psikoloji çerçevesinde ve her iki açıdan da ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Adli Psikoloji, Gerçeğe Aykırı Tanık Beyanı, Tanık Beyanının Doğruluğu ve İtibari Değeri, Bilişsel Psikoloji, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beyan Psikolojisi.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 01.10.2020. Makale Kabul Tarihi: 08.03.2021.

(**) Yalova Üniversitesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi (ORCID no: 0000-0002-8729-0359; *canpolat@yalova.edu.tr*).

IN FRAMEWORK OF FORENSIC PSYCHOLOGY FALSE WITNESS STATEMENTS IN CRIMINAL PROCEDURE

Abstract: Forensic Psychology, involves the application of psychological knowledge and methods to legal matters. Therefore, it can be said that forensic psychology is located at the intersection of law and psychology and is a subfield of legal psychology. In this context, since the reliability of witness statement can be determined by methods related to psychology, it constitutes the subject of forensic psychology under the heading of statement psychology.

The witness statement, which is a frequently referenced evidence in the criminal trial and its reliability is in close contact with the accuracy of the statement. Since the witness may make false statements for various reasons, the accuracy of the statement is often controversial. The reason why the witness statement does not match with the truth may be related to the cognitive process that occurs in the form of feeling, perception, remembering and making statements. However, the witness may knowingly misrepresent the truth because of social or personal reasons. In other words, the witness can lie.

In this study, false witness statements will be discussed within the framework of forensic psychology and from both angles.

Keywords: Forensic Psychology, False Witness Statement, Accuracy and Reliability of Testimony, Cognitive Psychology, Criminal Procedure, Witness Psychology.

I. GİRİŞ

Ceza muhakemesi hukuku, belli amaçlar doğrultusunda şekillenen kompleks bir yapıya sahiptir[1]. Muhakeme faaliyetiyle, insan haklarına riayet edecek tarzda bir yargılama yürütülerek maddi gerçeğe ulaşmak[2], maddi ceza hukuku kurallarının tatbikini sağlamak[3], hukukun bütünlüğünü korumak ve bu suretle toplumsal barışı tesis etmek amaçlanır[4].

---

1 ROXIN Claus/SCHÜNEMANN Bernd, **Strafverfahrensrecht**, 27. Auflage, C.H. Beck, München, 2012, §1, kn.6.

2 ÜNVER Yener/HAKERİ Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 16. Baskı, Adalet, Ankara, 2019, s.43; CENTEL Nur/ZAFER Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 14. Baskı, Beta, İstanbul, 2017, s.6,7; HEGER Martin, **Strafprozessrecht**, W. Kohlhammer, 2013, kn.17; KINDHÄUSER Urs, **Strafprozessrecht**, 3. Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2013, §1, kn.9; VOLK Klaus/ENGLÄNDER Armin, **Grundkurs StPO**, 8. neu bearbeitete Aufl., München, 2013, §3, kn.1; KRAMER Bernhard, **Grundbegriffe des Strafverfahrensrechts**, 5. Aufl., Stuttgart, 2002, kn.13, 13a.

3 KUDLICH Hans, **Einleitung**, in: MüKoStPO, 1. Auflage, München, 2014, kn.5, 6; KÜHNE Hans Heiner, **Strafprozessrecht**, 9. völlig neue bearbeitete und erweiterte Auflage, Heidelberg, 2015, §1, kn.1. Maddi ceza hukuku kurallarının tatbikini sağlamak, temelde kusurlu olanın cezalandırılması, masum olanın cezadan korunması şeklinde anlaşılmalıdır.

4 KINDHÄUSER, §1, kn.14 vd.; BEULKE Werner, **Strafprozessrecht**, 11. Auflage, C.F. Müller, München, 2010, §1, kn.6.

Yargılama sonucunda adil bir karar verilebilmesi, yargılama konusu olayın gerçekle uyumlu olacak şekilde açıklığa kavuşturulmasını gerektirdiğinden, ceza muhakemesi hukukunda, ispat konusunda herhangi bir sınırlamaya gidilmemiştir. Bu kapsamda, olayın kamu makamlarınca re'sen araştırılması öngörülmüş[5] ve vicdani kanaate esas olmak üzere delillerin takdiri hakime bırakılarak, delillerin elde edilmesi ve değerlendirilmesi hususunda serbestlik sağlanmıştır[6].

Medeni muhakemenin aksine, ceza yargılamasında dava malzemesi taraflarca getirilmez; aksine ve özellikle aleyhe olan deliller, şüpheli/sanık tarafından çoğu zaman gizlenmeye çalışılır[7]. Dolayısıyla, delillerin elde edilmesi yahut ikamesinin konu[8] ve zaman[9] yönünden serbest olması, gizli olanın ortaya çıkarılması açısından önemlidir.

---

[5] Re'sen araştırma ilkesi ile maddi gerçeğin araştırılması ilkesinin ayniyeti açısından bkz. ZIPF Heinz, **Strafprozeßrecht**, zweite, neubearbeitete Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, 1977, s.87.

[6] AYDIN Devrim, **Ceza Muhakemesinde Deliller**, Yetkin, Ankara, 2014, s.33 vd.; KOCA Mahmut, **"Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller"**, CHD., Y.1, S.2, Aralık 2006, s.208. Burada, bir şeyin delil olma özelliği taşıması ile ispatta kullanılabilir olmasının farklı hususlar olduğuna işaret etmek gerekir. Nitekim örneğin şüpheli yahut sanık, işlediği suçu gerçeğe uygun bir biçimde ikrar etmişse, bu bir delildir. Şayet bu ikrar CMK m.148'de düzenlenen yasak yöntemlerle elde edilmişse, uyuşma teorisine yönelik eleştiriler başlığı altında daha önce ifade ettiğimiz üzere, bunun ispat aracı olarak kullanılması mümkün değildir.

[7] Kasten yalan beyan dışında, tanığın hatırladığını olduğundan farklı anlatamayacağı düşüncesiyle tahkik sisteminin geçerli olduğu Orta Çağda, sanıklara ve gerçeği sakladığına inanılan tanıklara doğruyu söyletmek için acı çektirilmiş, işkence yapılmış böylece sır olarak sakladıkları kabul edilen gerçeği açıklamaya zorlanmışlardır. (GÜNGÖR Devrim, **Ceza Muhakemesinde Tanık Beyanının Delil Değeri Üzerine Bazı Tespit ve Değerlendirmeler**, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.6, S.2, 2015, s.309.)

[8] Konu bakımından delil serbestisinin sınırı, delilin hukuka uygun yollarla elde edilmiş olmasıdır (CMK m.217/2): *"... Maddi gerçeğin araştırılmasını hedef alan Ceza Muhakemesinin amacı ne pahasına olursa olsun maddi gerçeği bulmak olmamalıdır. Ne pahasına olursa olsun mutlak gerçeğe ulaşmak ilkesi insanlık tarihi boyunca olumsuz uygulamalar göstermiş, insan onurunu hiçe sayan işkence ve benzeri yöntemlerle mutlaka gerçeğe ulaşma dürtüsünü harekete geçirmiştir. Günümüzde artık bu olumsuzluklar nedeniyle bu ilkeye sınırlamalar getirilmiş, delillerin mutlaka hukuka uygun olarak elde edilerek maddi gerçeğe ulaşılması benimsenmiştir."* Y. 18. CD., 9.7.2015, 2015/29744 E., 2015/4468 K., www.kazanci.com (erişim: 12.7.2020).

[9] *"... CMK'nın 207. maddesi uyarınca delilin ortaya konulması isteminin geç bildirilmiş olması nedeniyle reddedilememesi gerektiği hususları birlikte değerlendirildiğinde, protokol aslının getirtilerek katılandan protokol içeriğinin doğru olup olmadığının ve protokolün kendisi tarafından imzalanıp sanık ...'e verilip verilmediğinin sorulması, katılanın inkâr etmesi hâlinde protokoldeki katılanın adı, soyadı ve kimlik numarası ile katılan adına atılmış bulunan imzanın katılanın eli ürünü olup olmadığının ve renkli fotokopi gibi bir yöntemle senede eklenip eklenmediğinin tespit edilmesi amacıyla bilirkişi incelemesi yaptırılması ve toplanan tüm deliller birlikte*

Kanıtlarıyla bir şeyin gerçek yönünü ortaya çıkarma anlamına gelen ispat, delile dayalı olmalıdır[10]. Deliller, ceza muhakemesinde olayın canlandırılabilmesine, değerlendirilebilmesine ve yargılamadan sonuç çıkarılmasına olanak veren ispat vasıtalarıdır[11].

Yargılama konusuyla irtibatlı bulunan, olayı temsil eden, yani sübuta yarayan her şey ceza muhakemesinde delildir[12]. Bu kapsamda, ceza yargılamasında en çok karşılaşılan delil türlerinin başında, tanık beyanı gelmektedir[13]. Bununla birlikte, tanık beyanı, birçok sebepten ötürü tamamen yahut kısmen gerçeğe aykırı olabilir. Çalışmada, gerçeğe aykırı tanık beyanının nedenleri ve beyanın gerçeğe aykırılığını tespite yarayan yöntemler, adli psikolojiye ilişkin yaklaşımlar çerçevesinde ve yargı kararları da dikkate alınarak incelenecektir.

II. CEZA YARGILAMASINDA, TANIK BEYANININ SIKLIKLA KULLANILAN BİR DELİL TÜRÜ OLMASININ NEDENLERİ

Geçmişte yaşanan maddi olay hakkında, beş duyusu ile edindiği dış dünyaya ait[14] bilgi ve izlenimlerini[15], tanık dinlemeye yetkili makamlar önünde anlatan[16] kişiye, "*tanık*" denilmektedir[17]. Ceza yargılamasında tanık beyanı, sıklıkla başvurulan bir delildir. Bunun iki temel sebebi olduğu söylenebilir. *Birincisi*, beyanın elde edilmesindeki kolaylıktır. Tanık, özellikle suçun işlendiği anı müşahede etmişse, yani onun beyanı doğrudan delil mahiyetindeyse;

---

değerlendirilip sonucuna göre sanıkların hukuki durumlarının belirlenmesi gerekirken, eksik araştırmayla sanıklar hakkında mahkûmiyet hükümleri kurulması usul ve kanuna aykırıdır." Y. CGK., 17.9.2019, 2018/15-536 E., 2019/538 K., www.kazanci.com (erişim: 18.7.2020)

10 ÜNVER Yener, **"Ceza Muhakemesinde İspat, CMK ve Uygulamamız"**, CHD., Y.1, S.2, Aralık 2006, s.103.

11 YENİSEY Feridun, **"Ceza Muhakemesi Hukukunda (Hukuka Uygun Bir Şekilde Elde Edilmiş) Delil"**, CHD., S.4, Y.2, Ağustos 2007, s.5; KOCA, s.208; CENTEL/ZAFER, s.232.

12 KOCA, s.213; AYDIN, s.49.

13 DETTER Klaus, **Der Zeuge vom Hörensagen - eine Bestandsaufnahme**, NStZ 2003, s.1.

14 Kural olarak tanığın, yalnızca dış dünyaya ilişkin izlenimlerini aktarması, sübjektif olarak herhangi bir değerlendirmede bulunmaması gerekir. Ancak gerçekte insan, algıladığını hafızasındaki şemalardan birinde tasnif ederek aktarır. (KÜHNE, Strafprozessrecht, kn.795.)

15 Tanık, müşahede ettiği olayı, kendi algısına göre aktarır. Bu bakımdan aynı olaya tanıklık eden kişiler açısından olayın anlamı farklılık arz edebilir. (HEGER, kn.366)

16 Tanığın konuşma yeteneğinden geçici yahut kalıcı yoksun olması halinde yazılı olarak gördüklerini aktarması mümkündür (YENİSEY Feridun/NUHOĞLU Ayşe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 6. Baskı, Seçkin, Ankara, 2018, s.494)

17 FEYZİOĞLU Metin, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık**, US-A Yayıncılık, Ankara, 1996, s.28; VOLK/ENGLÄNDER, §21, kn.3.

beyanı elde etmek kolay olduğu gibi, bu beyan, maddi gerçeğin tespitine yönelik önemli bir işleve de sahiptir. Bu nedenle, CMK m.44'te, *"Usulüne uygun olarak çağrılıp da mazeretini bildirmeksizin gelmeyen tanıklar zorla getirilir ve gelmemelerinin sebep olduğu giderler takdir edilerek, kamu alacaklarının tahsili usulüne göre ödettirilir"* denilerek tanıklık, kural olarak kişinin takdirine bırakılmamış; bir ödev olarak düzenlenmiştir.

İkinci neden, belirti delillerinden yahut olayı doğrudan temsil kabiliyetini haiz bulunan belge delili niteliğindeki dijital deliller gibi (örneğin olayı görüntüleyen kamera kaydı) deliller dışında kalan dolaylı ispat vasıtalarından sonuç çıkarılmasındaki zorluktur. Bu türden delillerin bir araya getirilerek anlamlı bir bütün halini alması, zahmetli bir süreçtir[18].

Belirti delilleri, objektif veriler ortaya koymakla birlikte, bu veriler, çoğu zaman yargılama konusu olayın sadece bir parçasına ilişkindir[19]. Bu nedenle, yargılama sonucunda adil bir karar verilebilmesi için belirti delillerin olayın tamamını aydınlatacak şekilde bir araya getirilmesine ihtiyaç duyulur. Nitekim parmak izi, tekerlek izi, vücut sıvısı, kan veya tükürük örneklerinin incelenmesi sonucunda, bunların ait olduğu kişiye ilişkin kimlik bilgisi, somut olayın özelliklerine göre tek başına değerlendirildiğinde, gerçeğin tespitinde yanıltıcı olabilir. Esasen bu bilgi, yargılama konusu olayla ilgisi bulunmayan vakıaları tespit etmekten öte bir anlam da taşımayabilir. Örneğin, maktul A'nın üzerindeki pantolonun her iki paçasında rastlanan ve bir tür bitkiye ait olduğu anlaşılan polenler ile ölümüne neden olan bahçe makasındaki toprak kalıntıları, A ile arasında husumet bulunan fakat A'nın ölümüyle ilgisi olmayan bitki serası sahibi B'nin mahkumiyetine neden olabilir. Gerçekte A, öldürüldüğü gün seraya gitmiş olmakla birlikte, birkaç gündür kendisini takip eden ve karısıyla ilişki yaşadıklarını düşünen C tarafından öldürülmüştür. A seraya girdiğinde, C de peşinden gitmiş ve A orayı terk etmeden önce serada bulunan bahçe makasını alarak öldürme fiilini işlemiş olabilir. Bu olayda toprak kalıntıları, bahçe makası üzerindeki parmak izleri (C eldiven giymişse) ve A ile arasındaki husumet öyküsü nedeniyle, öldürme suçunun faili B gibi gözükmektedir. Ancak bu kabul, gerçekle uyumsuz olup tüm bu bilgilerin ortaya koyduğu husus, yalnızca A'nın, ölümünden önce B'ye ait seraya gittiği, suçta silah olarak kullanılan makasın da B'ye ait olduğudur.

---

[18] KÜHNE Hans Heiner, **Der Beweiswert von Zeugenaussagen**, NStZ 1985, s.252.

[19] Bu yönüyle belirti delilin, somut olaya münhasır olmayan, genel mahiyette temsili delil olarak kabulü için bkz. YENİSEY/NUHOĞLU, s.492.

III. KAPSAMIN BELİRLENMESİ

Belirti delillere göre daha sık kullanılan bir delil olmakla birlikte, tanık beyanının, birçok nedenle belirti delillerden daha az güvenilir olduğu söylenebilir[20]. Bu nedenler, büyük oranda, çalışma alanı bilginin işlenmesi ve korunmasıyla ilgili olan bilişsel psikoloji ve vakıa özelinde beyana etki eden sebeplerin incelendiği beyan psikolojisine[21] ilişkin olup adli psikolojinin konusunu oluşturmaktadır.

Adli psikolojinin, hukuk psikolojisinin *(=Rechtspsychologie, =Legal Psychology)* bir alt dalı olduğu söylenebilir. Bu kapsamda, öncelikle "hukukta psikoloji" ile "hukukun psikolojisi" arasındaki farka işaret etmek gerekir. Hukukun psikolojisi, hukukun kural ve prensiplerine ilişkin psikoloji bilimi nazarında ortaya konulan eleştirel yaklaşımları içeren ve bu anlamda, yalnızca psikolojinin konusunu oluşturan bir alandır. Buna karşılık hukukta psikoloji, psikoloji bilgisinin, yalnızca hukuki sorunların çözülmesinde kullanılması anlamına gelir[22]. Yukarıda kullanılan "hukuk psikolojisi" kavramıyla, hukukta psikolojiyi kastettiğimizi belirtelim.

Hukuk psikolojisi, suç oluşturan davranışların açıklanması, önlenmesi, suçlunun rehabilite edilmesiyle ilgilenen "kriminal psikoloji"; mağdur davranışlarını ve suçun mağdurda sebep olduğu etkileri değerlendiren "mağdur psikolojisi"; aile hukukunda özellikle velayet davalarında gündeme gelen "çocuk psikolojisi"; son dönemde ortaya çıkan ve devletler hukukunu, idare hukukunu ilgilendiren "göç psikolojisi"; ceza ve hukuk yargılamalarında "karar psikolojisi"; kast, irade gibi birden çok konuyu kapsamına alır[23]. Sonuç olarak, hukuk psikolojisinin, interdisipliner bir alan olduğu söylenebilir[24].

---

[20] DETTER, s.1; ROXIN/SCHÜNEMANN, §26, kn.1; GÖKTÜRK Neslihan, **Yalan Tanıklık Suçu (TCK m.272)**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XX, Y. 2016, S.1, s.349.

[21] STELLER Max, **Gegenstandsbereiche und Methodik der psychologischen Begutachtung**, in: Handbuch der Forensischen Psychiatrie Band 2, Psychopathologische Grundlagen und Praxis der Forensischen Psychiatrie im Strafrecht (Hrsg. von KRÖBER Hans Ludwig-LEYGRAF Norbert-DÖLLING Dieter-SASS Henning), Springer, Berlin, 2010, s.190.

[22] HOMMERS Wilfried, **Zum Gegenstand der Rechtspsychologie**, in: Perspektiven der Rechtspsychologie/ Hrsg. von W. Hommers, Göttingen, 1991, s.9.

[23] STELLER, Gegenstandsbereiche und Methodik, s.185; BLIESENER Thomas/LÖSEL Friedrich, **Entwicklung und Gegenstand der Rechtspsychologie**, in: Bliesener/Lösel/Köhnken, Lehrbuch Rechtspsychologie, Verlag Hans Huber, Bern, 2014, s.21.

[24] BLIESENER/LÖSEL, s.21.

Adli psikoloji, hukuk psikolojisinin alt dalı olması sebebiyle, hukuk ve psikolojinin kesişim alanında yer alır. Adli psikolojiyi karakterize eden, yargı organlarınca tesis edilen işlemlerde, psikoloji bilgisinin kullanılmasına ilişkin bir uzmanlık alanı olmasıdır. Bu kapsamda, yargılamada bir süje olarak yer alan tanık beyanlarının delil değeri, psikolojiye ilişkin yöntemlerle belirlenebileceğinden, "beyan psikolojisi" başlığı altında, adli psikolojinin konusunu oluşturmaktadır.

Tanık beyanının gerçeğe uygunluğunu değerlendiren ilk bilimsel çalışmalar, kendisi de bir adli psikolog olan *William Stern*'in, 20'nci yüzyılın başlarında, özellikle çocuklar ve gençler üzerinde yaptığı araştırma ve deneylere dayanmaktadır[25]. Ancak beyan psikolojisine ilişkin çalışmalar, hukuk alanında 20'nci yüzyılın ortalarına dek itibar görmemiştir[26]. Özellikle 1900'lerin ikinci yarısından itibaren adli psikologlar, münferit yargılamalarda, genel olarak tanık beyanını etkileyen nedenleri değerlendirerek genel geçer sonuçlar ortaya koymaya yönelmişlerdir[27]. 1953 yılında, Alman Psikoloji Derneği'nin Köln'de düzenlenen 19'uncu kongresinde, *Udo Undeutsch*, beyanın güvenilirliğine ilişkin değerlendirmenin, beyana itibar edilip edilemeyeceği hususunda odak noktası olması gerektiğini belirtmiş ve günümüzde de istifade edilen yeni bir beyan psikolojisi evresini başlatmıştır[28]. Aşağıda ayrıntılı olarak açıklayacağımız üzere, *Undeutsch*'un kurduğu hipotez, *gerçekte deneyimlenenlerle ilgili ifadelerin, kurguya dayalı ifadelerden içerik olarak belirgin şekilde farklı olduğu* kabulüne dayanmaktadır.

Yukarıdaki izahtan anlaşılacağı üzere, çalışmada, bilişsel psikoloji ve beyan psikolojisine göre tanık beyanının sıhhatine etki eden nedenler, adli psikolojiye ilişkin yaklaşımlar esas alınarak ceza yargılaması açısından değerlendirilecektir. Bu kapsamda, kasten gerçeğe aykırı -yalan- beyan ve hataya dayalı veya bilinçsiz gerçeğe aykırılık halleri şeklinde ikili bir ayrıma

---

[25] MYKLEBUST Trond, **The Nordic Model of Handling Children's Testimonies**, in: Collaborating Against Child Abuse -Exploring the Nordic Barnahus Model-, Palgrave MacMillan, Switzerland, 2017, s.103; SCHOON Wiebke/BRIKEN Peer, **Zur Anwendbarkeit der Glaubhaftigkeitsbegutachtung unter spezifischen Begutachtungsumständen - Eine narrative Übersichtsarbeit**, Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie, Volume 13, 2019, s.125, 126; THEUNE Lucas, **Polizeibeamte als Berufszeugen in Strafverfahren**, Nomos, Berlin, 2019, s.119.

[26] SCHOON/BRIKEN, s.126.

[27] JANSEN Gabriele, **Zeuge und Aussagepsychologie**, 2. Auflage, C.F. Müller, Heidelberg, 2012, kn.14.

[28] JANSEN, kn.16.

gidilmesi tercih edilmiştir. Hataya dayalı veya bilinçsiz gerçeğe aykırılıklar, tanığın bir olayı müşahede etmesinden, buna ilişkin edindiği bilgiyi aktarmasına kadar olan bilişsel süreç nazara alınarak incelenmiştir. Yalan beyanın tespitinde dikkate alınabilecek yaklaşımlar ise, psiko-fiziksel ve içerik analizine ilişkin olmak üzere iki ana başlık altında ele alınmıştır.

IV. CEZA MUHAKEMESİ KANUNU NAZARINDA TANIK BEYANI

CMK, ceza yargılamasında önemli bir delil olan tanık beyanının, ancak kasten yalan beyanda bulunulması halinde gerçeğe aykırı olabileceğini öngörmüştür. Bu durum, tanığın gerçeği söyleme yükümlülüğünden kaynaklanmaktadır[29]. Bunun dışında, algıdan kaynaklanan nedenlerle yahut unutma dolayısıyla beyanın doğru olup olmadığı, diğer delillerle beraber hakim tarafından takdir edilir.

Kanunda, tanık beyanının doğruluğunu sağlayabilmek için birtakım düzenlemelere yer verilmiştir. Bunların başında, dayanağını Anayasa m.38'den alan[30] "tanıklıktan çekinme hakkı" gelmektedir. Nitekim Kanunda, kişisel nedenlerle (m.45) ve meslek ve uğraşları nedeniyle (m.46) bazı kimselerin tanıklıktan çekinebileceği hüküm altına alınmıştır. Belirtilen nedenlerden biri şahsında ortaya çıkan bir tanığa, tanıklıktan çekinme hakkına sahip olduğu önceden bildirilir. Hatta bu kimseler, dinlenildikleri sırada dahi tanıklıktan çekinebilirler (m.45/3). Çekinme hakkı bulunduğu hususunda, kendisine önceden hatırlatma yapılmaksızın dinlenen tanığın beyanı, hükme esas alınmaz[31]. Yargıtay'a göre, daha önce tanıklıktan çekinme hakkını kullanmayarak tanıklık etmesine rağmen daha sonra bu hakkını kullanan tanığın, hakkı kullanmadan önce verdiği beyana ilişkin tutanaklar da okunamaz[32].

---

29 VOLK/ENGLÄNDER, §21, kn.5.

30 AY m.38/5: *"Hiç kimse kendisi ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanamaz."*

31 *"Olayın tek tanığı ...'nın, sanığın eşi olan katılanın başka eşinde olma üvey çocuğu olduğu ve sanığın kayın hısımlığından altsoyu sayıldığı, CMK'nın 45/1-c bendine göre tanıklıktan ve yeminden çekinme hakkı bulunduğu, tanığın yaşı nedeniyle yeminsiz dinlenilmesinde isabetsizlik bulunmamakta ise de tanıklıktan çekinme hakkı hatırlatılmadan dinlenilmesi ve anlatımlarının hükme esas alınması suretiyle CMK'nın 45/1-c, 217/2. maddelerine aykırı davranılması..."* Y. 4. CD., 14.3.2016, 2014/39346 E., 2016/4781 K., www.kazanci.com (erişim: 2.8.2020).

32 *"5271 sayılı Kanunun 210. maddesi uyarınca tanıklıktan çekinme hakkı olmasına karşın daha önce bu hakkını kullanmayan bir tanık duruşmada tanıklıktan çekindiğinde önceki ifadesine ilişkin tutanaklar da okunamayacak, 217. maddenin birinci fıkrasındaki hüküm uyarınca, hakim kararını duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabileceği için tanığın daha önceki aşamada tanıklıktan çekinme hakkını kullanmayarak verdiği beyanları hükme esas alınamayacaktır."* Y. 18. CD., 27.10.2015, 2015/8028 E., 2015/9418 K., www.kazanci.com (erişim: 2.8.2020).

Bunun dışında, tanıklıktan çekinme hakkı bulunan, ancak bu hakkın anlam ve içeriğini idrak edemeyen kişiler, haklarını kanuni temsilcileri aracılığıyla kullanırlar[33]. Bu kapsamda kanun koyucu, tanıklığa atfedilen önem ve doğru söyleyen tanığın maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına sağladığı katkıyı dikkate alarak, kanunî temsilci şüpheli veya sanık ise, bunların, hakkın anlam ve içeriğini idrak edemeyen kişiler adına karar veremeyeceklerini hükme bağlamıştır (m.45/2). Bu durumda, kişiye bir vasi atanması gündeme gelecektir.

Netice itibarıyla, tanıklıktan çekinme hakkı ile belli kişilerin tanıklık yapmaya zorlanmaması sağlanarak, yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmakla yalan söylemek arasında bir ikilem yaşamalarının önüne geçilmesi amaçlanmıştır[34].

Yasal bir sebep olmaksızın, tanıklıktan çekinmek yahut yemin etmekten kaçınmak mümkün değildir (m.60/1). Bu yönüyle tanık, yargılama konusu olaya ilişkin bildiklerini aktarmakla yükümlüdür. Bunun için tanığın, CMK m.43 uyarınca, Cumhuriyet savcısı yahut hakim/mahkeme huzuruna gelerek tanıklık etmek üzere çağrılması gerekir. Usulüne uygun yapılan çağrıya uymayan tanık, zorla getirilir (m.44). Buradan çıkan sonuç, tanığın çekinme hakkı bulunsun yahut bulunmasın, duruşmaya gelmekle yükümlü olduğudur.

Tanıklıktan çekinme hakkı bulunmayan kişiler, tanık sıfatıyla beyanda bulunmadan önce, *"Bildiğimi dosdoğru söyleyeceğime namusum ve vicdanım üzerine yemin ederim"* şeklinde yemin ederler. Yemin eden, bu söz dolayısıyla içsel olarak doğruyu söyleme baskısıyla karşılaşmaktadır[35]. Bu suretle yemin, yalnızca tanığın yalan söylemesinin önüne geçmez; aynı zamanda tanıklık faaliyetinin bir ödev olduğu bilinciyle hareket ederek, tüm detaylara odaklanmasını ve gerçeğe uygun beyanda bulunma konusunda çaba göstermesini de sağlar[36].

Son olarak belirtmek gerekir ki kanun koyucu, Türk Ceza Kanunu (TCK) m.272'de düzenlenen yalan tanıklık suçuyla, tanığın doğru söyleme-

---

33 *"5271 sayılı CMK.nın 45/2. maddesinde düzenlenen kanuni temsilcinin izni kurumunun, aynı Kanunun 45/1. maddesinde sayılan tanıklıktan çekinme hallerinden birinin varlığı ile sınırlı olarak uygulanabileceği gözetilmeksizin çekinme hakları bulunmayıp eylemlere ilişkin görgüleri olan çocuk tanıklar Mustafa Büyüksütçü ile K.. G..'ün kanuni temsilcilerinin izninin bulunmadığından bahisle dinlenilmelerinden vazgeçilmesi..."* Y. 14. CD., 6.11.2014, 2014/6900 E., 2014/12272 K., www.kazanci.com (erişim: 3.8.2020).

34 FEYZİOĞLU, s.197.

35 GÜNGÖR, s.309.

36 MÜNSTERBERG Hugo, **On The Witness Stand -Essay on The Psychology and Crime**, New York, 1908, s.48. Kitabın tam metni için bkz. https://archive.org.

sini temin etmek bakımından etkili bir araç ihdas etmiştir. Bu hükümle, doğru söylemeyen tanık, bazı istisnalar dışında ceza tehdidi ile doğruyu söylemeye zorlanmış olur[37]. Bu bakımdan, fikrimize göre doğruyu söyleme yükümlülüğü, esasen ceza muhakemesi hukukundan değil, TCK'da yer verilen bu düzenlemeden ortaya çıkmaktadır. CMK'daki düzenlemeler, daha çok beyanda bulunma yükümlülüğü yüklemektedir. Dolayısıyla, yukarıda anılan hükümlerle kanun koyucunun, tanığın doğruyu söylemesine yönelik bir güvence oluşturmayı amaçladığı söylenebilir.

V. TANIK BEYANININ SIHHATİNİ ETKİLEYEN NEDENLER

1. Genel Açıklamalar

Delil serbestisi ilkesi, geçmişte yaşanmış bir olayın, bugün elde edilen deliller aracılığıyla mümkün olduğunca aslına uygun canlandırılabilmesine hizmet eder. Bu yönüyle ceza yargılaması, arkeolojik bir kazı faaliyetine benzer. Muhakeme sonucunda ortaya çıkan sonuç, her zaman tarihsel gerçeği birebir yansıtmasa da buradaki amaç, gerçeğin, deliller aracılığıyla ortaya konulan, inandırıcı, tutarlı ve kesine yakın bir yansımasını elde etmektir *(yargısal gerçek)*[38].

Yargılama safahatında elde edilen delillerin, bu amaca uygun özelliklere sahip olmaları gerekir. Bu husus, yargılamayı yürüten hakim tarafından takdir edilir *(vicdani delil sistemi)*. Ceza yargılamasında tanık beyanı, hakimin vicdani kanaati bakımından çoğu zaman belirleyici bir rol oynar[39]. Bu bağlamda, yargılamanın sonucunu etkileyebilecek mahiyetteki bu beyanların dikkatlice değerlendirilmesi gerekir. Zira hakimin kanaati, en basit şekliyle tanığın yanılması veya kasten gerçeğe aykırı beyanda bulunması nedeniyle hatalı şekillenebilir[40]. Bu da ceza muhakemesinin gerçeğe ulaşma ve uyuşmazlığın adil bir karara bağlanması amaçlarını olumsuz etkiler[41].

---

37 GÖKTÜRK, s.352, 353.

38 Ayrıntılı bilgi için bkz. CANPOLAT Can, **Ceza Muhakemesi Hukukunun Amacı: "Objektif gerçeğin keşfi mi? Yargısal (kazai) bir gerçeklik inşa etmek mi?",** Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XV, S.2, s. 483 vd.

39 BRAUSE Hans Peter, **Zum Zeugenbeweis in der Rechtsprechung des BGH**, NStZ 2007, s.505.

40 PETERS Karl, **Untersuchungen zum Fehlurteil im Strafprozess**, Walter de Gruyter, Berlin, 1967, s.26; NESTLER Nina, **"Wer einmal lügt, dem glaubt man nicht" - Falschaussage, Glaubhaftigkeit, Lügendetektor**, JA 2017, s.10.

41 PETERS, s.26.

Uygulamada, belirti delillerin değerlendirilmesinde genellikle uzman bilirkişilerin görüşüne başvurulmaktadır. Örneğin, olay yerinde bulunan; kan, tükürük, diğer vücut sıvıları gibi kalıntılar veya kimyasal başkaca buluntular, adli tıp incelemesi sonucunda anlamlandırılır. Buna karşılık tanık beyanlarına ilişkin değerlendirmede, mantık kuralları ve yaşam deneyimine göre (tecrübe) bir sonuca ulaşılmaktadır; psikolojiye dair bilimsel bilgiden istifade edildiği nadirdir[42]. Vicdani kanaate esas oluşturacak tanık beyanlarının dikkatli değerlendirilmesi, gerektiğinde adli psikoloji alanında uzman bilirkişilerin görüşlerinden faydalanılması gerekir.

2. Hataya Dayalı veya Bilinçsiz Gerçeğe Aykırılık

A. Gerçeğe Aykırılığın Epistemolojik Temeli

Ceza yargılamasında, suç teşkil eden olaya ilişkin bilgisini aktaran tanığın beyanının gerçeği yansıtıp yansıtmadığı, diğer bir deyişle sıhhati, bilişsel süreç yönünden epistemolojik olarak tartışmaya açıktır.

Epistemoloji açısından gerçek, bilginin doğruluğundan başka bir şey değildir. Bilgi ise, her zaman birtakım kriterler çerçevesinde yürütülen zihinsel bir süreci gerekli kılar. Böylece gerçek, bilgi aracılığı ile insan bilinciyle ayrılmaz bir şekilde bağlantılıdır. Ancak bilginin doğru olup olmadığı hususunda bir yargıya ulaşmak kolay değildir. Zira gerçeğin bilgiyle ve bilginin de bilinçle bağlantısı, gerçeğin, insan bilinci ve algısı kadar değişken olabileceği anlamına gelir[43].

Öncelikle sosyal hayatta en çok kullanılan ve duyuma, izlenime, tecrübeye dayalı olup ceza yargılamasında delil olarak kabul edilen beyanların genellikle esasını oluşturan ampirik bilgi, algı psikolojisinin yahut başkaca belirleyicilerin etkisiyle göreceli hale gelebilmektedir. Bu da bilginin doğruluğu ve güvenilirliği hususunda şüpheye neden olabilir. Nitekim insan, farklı nedenlerle, gerçekliği bütünüyle değil sadece kısmi ve öznel olarak algılama imkanına sahiptir. Bu nedenle, ceza yargılamasında tanık sıfatıyla beyanı alınanların, yargılamanın konusunu oluşturan vakıaya veya bu vakıaya bağlı olan diğer vakıalara dair bilgileri, tarihsel gerçeği tam olarak yansıtmayabilir. Örneğin, tanık sıfatıyla dinlenen cinsel suç mağdurları, çoğu zaman ya-

---

42 JANSEN, kn.2.

43 VARGA VON KIBÉD Alexander, **Philosophische Wahrheit und christliche Wahrheit**, Evangelische Theologie, Volume 17, Gütersloher Verlagshaus, Gütersloh, 1957, s. 266.

şadıkları travma dolayısıyla vakıaların yalnızca belli bir kısmını hatırlayabilirler. Kalan boşlukların, adli psikolog bilirkişiler yardımıyla, mantık silsilesine uygun şekilde ve mümkün olduğunca tamamlatılması gerekir[44]. Aksi takdirde iki ihtimal gündeme gelebilir:

Birinci ihtimalde, isnat doğru olmasına rağmen, şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereğince sanık hakkında beraat kararı verilecektir ki bu durum, adil olmayan, gerçekle de uygun düşmeyen bir karar verilmesi anlamına gelir.

İkinci ihtimalde ise, mağdurun beyanı güvenilir olmamasına rağmen, mahkumiyet kararı verilerek gerçeğe aykırı ve adaletsiz bir uygulama ortaya çıkabilir[45].

B. Bilişsel Sürecin Etkisi

a. Algılama Aşaması

aa. Algının Kişiselliği

"Görünüş, onu aktarandan koparılamaz, o, adeta gözlemcinin karakteri tarafından yutularak kişiliğine karışır[46]*."*

Algı, duyularımızın, belirli bir zaman diliminde çevremizden elde ettiği bilgilere nasıl anlam verdiğimizi ifade eder. Duyular, bu bilgileri "hissetme" olarak tarif edilen bir süreçle bir araya getirir. Bu kapsamda duyu, her şeyden önce fizyolojiktir. Buna karşılık algı, bilişsel psikolojiyle ilgili olup[47] dış dünya ile algı sahibine ait kişisel özellikler arasındaki interaktif bir ilişkiye dayanır[48].

Dış dünyayı algılamamıza yarayan duyu organları aracılığıyla edinilmiş bilgilerin, genelde gerçeği yansıttığı varsayılır. Ancak, bu önermenin her hal

---

44 WOLF Thomas, **Scheinerinnerungen und „false memory"-aktuelle rechtliche Fragen an die Aussagepsychologie**, Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie, Volume 13 (2019), s.138 (136-141).

45 WOLF, s.138.

46 v. GOETHE Johann Wolfgang, **Maximen und Reflexionen**, Verlag der Goethe Gesellschaft, Weimar 1907, -Aus dem Nachlass (Über Natur und Naturwissenschaft)-, s.254, kn.1224.

47 VENTER A./LOUW D./VERSCHOOR T., **Perception and memory: Implications for Eyewitness Testimony**, South African Journal of Criminal Justice, 16(2) 2003, s.140.

48 ORTEGA Francisco, **Eyewitness Reliability: Causation & Preclusion of Erroneous Convictions**, Journal of Law and Border Studies, Y.2003, S.3, s.35.

ve şartta doğru olduğu söylenemez[49]. Algının psikolojik bir süreç olması, bilgi işlemenin tamamen biyolojik bir olgu olarak kabulünü engeller. Dolayısıyla, tanık bakımından; olayın içeriği, duygusal durum, önceki deneyim, beklentiler ve hafıza gibi faktörler, algının şekillenmesinde rol oynamaktadır[50].

İnsan, günlük hayatında, çevresindeki olayları bilinçli veya bilinçsiz olarak tarar. Ancak tarananların hepsi değil, yalnızca belli sayıda çevresel uyaran seçilerek kaydedilir[51]. Bunlardan hangilerinin seçildiği, kişinin yaşı, mesleği, hayat tecrübesi gibi şahsi özelliklerine göre değişkenlik arz eder. Bir suç olayına tanıklık eden kişinin beyanları da bu çerçevede şekillenir. Örneğin, 1902 yılında Berlin Üniversitesi'nde, Prof. Dr. Franz von Liszt'in dersinde sahnelenen bir deneyde, bir kitap hakkında anlatımda bulunan v. Liszt'in sözünü kesen öğrencilerden biri, *"Meseleye Hristiyan ahlakı yönünden yaklaşarak ışık tutmak istediğini"* söyleyince diğeri, *"Bu saçmalığa katlanamayacağım!"* diyerek ona karşılık verir. İlk öğrenci, kendisine hakaret edildiğini söyleyerek diğerine saldırır. Böylece kavgaya dönüşen olay, Prof. v. Liszt'in araya girmesiyle yatışır. Olaydan bir süre sonra Prof. v. Liszt, diğer öğrencilerden, yaşanan uyuşmazlığa dair gözlemlerini yazmalarını ister. Öğrencilerin anlatımları incelendiğinde; bazılarının söylenen sözlere odaklandığı, bazılarının fiziksel kavgaya ilişkin detaylı bilgi verdiği, bir kısmının yaşadığı korkuyu anlattığı, diğer bir kısmının kendi inanışları doğrultusunda tartışmayla ilgili değerlendirmelerde bulundukları görülür. Ayrıca bazı öğrencilerin, olaya ciddi eklemeler yaptığı da tespit edilir[52].

Bu örnekten de anlaşılacağı üzere, algının kişiselliği, aynı olayın farklı izlenimlere dayalı olarak değişik şekillerde aktarılmasına neden olmaktadır.

Adli psikoloji alanında, aynı olaya tanıklık eden kişiler arasındaki algı farklılıklarının nasıl asgariye indirilebileceği ve bu çerçevede adli alanda tanık beyanının sıhhatinin nasıl sağlanabileceğine dair birçok çalışma yapılmıştır. Bunların büyük çoğunluğu, bir suç olayının katılımcılara gösterilmesi ve sonrasında olayın nasıl gerçekleştiği hakkında sorular yöneltilmesine ilişkin deneylerden oluşmaktadır. Ancak bunların, istenen sonuca ulaş-

---

49 KÜHNE, Der Beweiswert, s.252.

50 ORTEGA, s.36; VENTER/LOUW/VERSCHOOR, s.141.

51 LOFTUS Elizabeth, **Eyewitness Testimony**, Harvard University Press, 1979, s.21.

52 MÜNSTERBERG, s.49, 50. *Münsterberg'in*, bizzat yaşadığı bir hırsızlık olayına ilişkin yemin altında verdiği ifadede, suç ile ilgili olarak ortaya koyduğu tasvirlerin daha sonra yanlış olduğunu fark ettiği hususunda bkz. MÜNSTERBERG, s.39 vd.

mak bakımından çok da faydalı oldukları söylenemez. Çünkü söz konusu deneylerde katılımcılar, gerçek bir suç olayını müşahede eden tanık gibi stres altına girmezler. Buna karşılık gerçeğe uygun bir canlandırmada, durumdan habersiz olan katılımcıya yer verildiği pek azdır. Çünkü bu durumlar, etik yönden tartışmalı olduğu gibi deneylerde habersiz katılımcıların zarar görmeyeceği de garanti edilememektedir[53].

bb. Duyu Organlarındaki Zafiyetler

Bazı durumlarda, edinilen bilginin gerçekliği yönünden sorun, duyu organlarının algısal sınırları nedeniyle, bilgi işlemenin ilk aşamasında, yani algılamada ortaya çıkar.

Bu kapsamda, tanıklığın konusunu oluşturan olaya ilişkin bilgi, duyu organlarındaki birtakım işlev bozuklukları nedeniyle gerçekle uyuşmayabilir. Bu durumda, tanığın olaya ilişkin algısı, fiziksel olarak açıklanabilir olmaktan ve tekrarlanabilir bir ölçümden uzaklaşabilir. Gözlük takan birinin olayı gözlüksüz müşahede etmesi[54]; renk körlüğü[55]; işitme cihazı kullanan birinin, cihazı kullanmadığı sırada duyduklarını yorumlayarak aktarması, tanık beyanını etkileyen nedenlere örnek olarak gösterilebilir.

cc. Fiziksel Etkenlerin Neden Olduğu Algısal Zafiyetler

Fiziksel birtakım nedenlerin ortaya çıkardığı algı zafiyetleri de tanık beyanı ile bu beyanın konusunu oluşturan olayın gerçekliği arasında farklılığa neden olabilir[56]. Trafik kazası gibi hızlıca meydana gelen olaylarda müşahede zorluğu[57]; aydınlatma eksikliği nedeniyle neler olup bittiğinin net anlaşı-

---

53 LOFTUS Elizabeth F., **Eyewitness Testimony and Event Perception**, University of Bridgeport Law Review, Vol.8, No.1, 1987, s.7, 8.

54 KÜHNE, Der Beweiswert, s.252.

55 Renk körlüğü, özellikle trafik kazalarına tanık olan kişilerden renk körü olanların, hatalı beyanda bulunması sonucunu doğurabilir. (SKEEN A. A., **Eyewitness Evidence and Psychology**, South African Law Journal, 104(2), 1987, s.301; KÜHNE, Der Beweiswert, s.252).

56 Tanığın bilişsel algı sürecine etki edebilecek bu nedenler, farklı şekillerde şematize edilmiştir. Örneğin *Işıktaç*, bunları; "sosyal etkenler, kişisel özellikler, hal ve vaziyet, kullanılan araçlar" başlıkları altında bir tablo halinde ele almıştır. (Bkz. IŞIKTAÇ Yasemin, **Adalet Psikolojisi**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2013, s.218). Bununla birlikte söz konusu nedenler, dış dünyadan gelen verinin tanıkta kişisel olarak hangi reaksiyonlara neden olabileceği dikkate alınarak da değerlendirilmiştir. (Bkz. SPORER Siegfrid Ludwig, **Personenidentifizierung**, in: Handbuch der Rechtspsychologie (Hrsg. von Renate Volbert und Max Steller), Hogrefe Verlag, Göttingen, 2008, s.389 -Tabelle 2: Externe Einflussfaktoren und interne Prozesse von Zeugen bei einer Identifizierung-).

57 EISENBERG Ulrich, **Beweisrecht der StPO**, 10., vollständig überarbeitete und teilweise erweiterte Auflage, C.H. Beck, München, 2017, kn.1365a.

lamaması[58]; suçta kullanılan silaha odaklanma[59]; tanığın veya diğer unsurların hareketli olması[60]; tanığın olaya çok uzak bir konumda bulunması[61]; olayın karmaşıklığı nedeniyle odaklanamama[62]; bir yabancının, duyduğu konuşmaları anlamaması; silah sesi, trafik kazası yahut olaydan bağımsız başkaca etkenlerle meydana gelen gürültüden korkma[63]; bir ses duyan tanığın, ses gelen yerden uzaklığı veya o sesi daha önce hiç duymamış olması nedeniyle tanımlayamaması[64], bu nedenlere örnek olarak gösterilebilir.

Bunun dışında, karanlık-aydınlık arasında göz adaptasyonu zorluğu, tanığın olayı net olarak gözlemlemesinde zafiyet oluşturan önemli bir sebeptir[65]. İnsan gözünde, ışığı ve renkleri algılayabilen iki reseptör bulunur. Bunlardan *renk reseptörü*, karanlıkta işlevsizdir. Bu nedenle karanlıkta görülen nesnelerin renkleri, yalnızca grinin tonları olarak algılanabilir. Bu durum, suç olayına karışan kişilerin ten renkleri, giydikleri kıyafetlerin renkleri, olay yerinden kaçmak için kullanılan aracın rengi gibi ayırt edici özelliklerin tespit edilmesini engeller[66].

Burada, önemli faktörlerden bir tanesi de gözlemleme süresidir[67]. Örneğin, bir insana ait yüz hatlarının farklı açılardan ve kesitler halinde gösterildiği iki gruptan, 42 saniye boyunca görme imkanı bulunanların, 10 saniye görenlere nazaran bunları daha net hatırladıkları aktarılmıştır[68]. Konuya tanıklık bakımından yaklaşıldığında, suç olayını deneyimleme süresinin, tanığın beyanının doğruluğuna etki edeceği söylenebilir. Söz gelimi trafik kazalarında yahut bir anda olup biten yaralama suçlarında (özellikle kavga) tanık, olayı parçalar halinde algılar; boşluklar ise, önceki deneyimler, olayın sonuçları gibi unsurlarla doldurulur[69]. Bu da beyanın gerçekle uyumsuz olmasına neden olur.

---

58 EISENBERG, kn.1365a.

59 JANSEN, kn.464.

60 SKEEN, s.298.

61 KÜHNE, Der Beweiswert, s.252.

62 IŞIKTAÇ, s.218.

63 JANSEN, kn.474.

64 EISENBERG, kn.1366.

65 NESTLER, s.11.

66 BENDER Rolf/NACK Armin/TREUER Wolf-Dieter, **Tatsachenfeststellung vor Gericht**, 4. Auflage, C.H. Beck, München, 2014, kn.23, 24.

67 SPORER, s.390.

68 LOFTUS, Eyewitness Testimony, s.23.

69 BENDER/NACK/TREUER, kn.28.

Bununla birlikte, herhangi bir duyu organı aracılığıyla vakıayı algılamaya odaklanan bir tanığın, diğer duyu organlarının daha az çalışacağı gözden uzak tutulmamalıdır. Söz gelimi bir vakıayı gören tanık, etrafta nelerin konuşulduğuna dikkat etmez. Benzer şekilde karnı aç olan bir kişinin motivasyonu yemek olduğundan, duyu organları dış dünyadaki diğer uyarıcılara karşı aktif olmayabilir.

Dokunma duyusu, diğer duyulara göre en zayıf olanıdır. Örneğin, özellikle şiddetli darbe, bıçak veya ateşli silah yaralanmalarında, mağdurlar sadece darbeyi hissederler. Bu durum, özellikle göz ile takip edilemeyen temaslarda daha belirgindir. Ancak kişi, en azından vücudun neresine dokunulduğunu -güvenilirliği az olmakla birlikte- gösterebilir *(pasif dokunma hissi)*. Her halükarda bir tanık, yalnızca dokunma hissi ile algıladıkları çerçevesinde beyanda bulunuyor; dokunmaya, diğer duyularla geliştirilen algılar eşlik etmiyorsa, bu beyanların gerçekle uyuşmayabileceği dikkate alınmalıdır[70].

Görüldüğü gibi fiziksel etkenlerin neden olduğu algısal zafiyetler, tanık beyanının bazı noktalarda eksik kalmasına neden olabilir. Bu durumda hakim, diğer deliller çerçevesinde ortaya çıkan hal ve şartlara göre, beyanının eksik kalan yönlerini tamamlatmak ve olayı aydınlatabilmek için tanığa sorular yöneltebilir (CMK m.59/2). Bunun dışında, CMK m.201 uyarınca diğer süjelerin de tanığa soru yöneltmesi mümkündür. Özellikle sanığın ve/veya müdafinin tanıklara soru yöneltebilmesi, onlarla yüzleşebilmesi ve tanıkların beyanlarının doğruluğunu sınama imkânına sahip olması gerekir. Böylelikle sanık, aleyhindeki tanık beyanlarının güvenilirliğini, bunların zayıf/itibar edilmez noktalarını ortaya koyup çelişmeli yargılama ilkesine uygun olarak huzurda sınayabilecek, tanığın inandırıcılığı ve güvenilirliği bakımından sorduğu sorularla kendi lehine sonuçlar ortaya çıkarabilecek ve yargılama makamının, uyuşmazlık konusu olayı sadece iddia makamının ileri sürdüğü şekliyle değil, savunmanın argümanlarıyla da algılamasını sağlayabilecektir[71].

Uygulamada, CMK m.201'de tanınan soru sorma hakkı, genellikle kanunun öngördüğü şekilde doğrudan değil, mahkeme başkanı veya hakim aracılığıyla kullandırılmaktadır. Dolayısıyla, sorular ikinci ağızdan yönel-

---

70 BENDER/NACK/TREUER, kn.35, 36.

71 AYM, AZ. M. kararı, Başvuru Numarası: 2013/560, Karar Tarihi: 16/4/2015, R.G. Tarih-Sayı: 13/7/2015-29415, prg.55.

tilmekle birlikte, tanık da cevabı, soruyu soran süje yerine, başkana/hakime hitaben vermektedir. Ayrıca duruşma tutanağında yalnızca cevaplara yer verilmesi, tanığın soruya tam olarak cevap verip vermediğinin anlaşılmasını zorlaştırmaktadır. Bu uygulama kapsamında ayrıca, özellikle müdafii veya vekilin sorularının uygun olup olmadığına da başkan/hakim tarafından karar verilmektedir. Halbuki CMK m.201'e göre, duruşma disiplinine uygun olmak kaydıyla doğrudan soru sorma hakkına sahip olan her süje, serbestçe bu hakkı kullanabilir (m.201/1-c.1). Sorunun yöneltilmesinin gerekip gerekmediğine mahkeme başkanı tarafından karar verilmesi, yöneltilen soruya itiraz edildiğinde mümkündür (m.201/1, c.2). Belirtmek gerekir ki bu tür uygulamalar, çelişmeli muhakeme çerçevesinde maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına engel oluşturabilmektedir.

Tanığa soru yöneltilmesinin önemini bir örnekle izah etmeye çalışalım:

Örnek Olay[72]*:* (A) ve (B), (A)'nın kullandığı araçla seyir halindeyken bir dönel kavşaktan geçerler. Bu sırada diğer yönden gelmekte olan otobüs sürücüsü (C), (A) ve (B)'nin bulunduğu araca çarpar ve (B) yaralanır. Olay ile ilgili yürütülen yargılama sırasında (A), dönel kavşakta kendisine yeşil ışık yandığını, (C)'nin kırmızı ışıkta geçtiğini söyler. (C) ise tam tersini iddia etmektedir. Olayın tanığı konumundaki (B), olay sırasında yaralandığını ve gürültüden çok korktuğunu, araç içerisinde savrulduğunu, fakat kavşaktan çıkarken kendilerine yeşil ışık yandığını hatırladığını söyler. Ayrıca (B), olay sonrasında (A)'nın (C)'ye kırmızı ışıkta geçtiğini söyleyerek bağırdığını duyduğunu ifade eder. Duruşmada, (C)'nin müdafii (M)'nin soru yöneltmek istemesi üzerine şöyle bir diyalog ortaya çıkar:

(M): *"Otobüs sürücüsü kendisine yeşil ışık yandığını söyledi. (A) ise tam aksi yönde beyanda bulundu. Siz, kavşaktaki trafik ışıklarını net hatırlıyor musunuz?"* (B): *"Evet hatırlıyorum."*

(M): *"Peki kaç tane trafik ışığı vardı?"* (B): *"Üç tane; sol taraftaki sola dönecek olanlara; sağdaki düz gideceklere ve ortada üstte bir tane daha vardı."*

(M): *"Peki siz hangisine uymalıydınız?"* (B): *"Sağdakine."*

(M): *"Şimdi düşünün bu lambadaki ışıklardan hangisi yanıyordu?"* (B): *"Ortadaki, yani sarı olan!"*

---

[72] Örnek olay ve diyaloglar için bkz. HOHLWECK Martin, **Die Beweiswürdigung: Beurteilung von Zeugenaussagen**, JuS 2002, s.1105.

Görüldüğü gibi tanık (B)'nin algısı, kaza sonrası yaşadığı travma ve kazadan hemen sonra (A)'nın (C)'ye yönelik kullandığı ifadeler nedeniyle, uyulması gereken trafik kuralları hususunda gerçeğe aykırı biçimde oluşmuştur. Yöneltilen sorularla, tanığın olayı hatırlaması ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılması mümkün hale gelmiştir. Buradaki hatanın tespitinde, çelişmeli muhakeme önemli bir rol üstlenmektedir.

Bu anlatımdan ortaya çıkan sonuç, tanığa soru yöneltilmesinin, adil yargılanma hakkının da önemli bir parçası olduğudur. Tanığa yöneltilen sorular, gerçeğin ortaya çıkarılması, varsa yanılgıların giderilmesi ve yargılama sonucunda adil bir karar verilebilmesi açısından önemlidir. Bununla birlikte, tanığa soru yöneltilmeden evvel, sözü kesilmeksizin bildiklerini anlatması beklenmelidir (CMK m.59/1). Kanun koyucunun bu hususa özellikle işaret etmesi, etkiden uzak bir beyanın elde edilebilmesine verdiği önemden kaynaklanmaktadır. Zira tanıklara, beyanda bulunurken araya girilerek soru sorulması, -sorunun içerik ve sorulma tarzına göre- beyanın içeriğini etkileme, tanığı yönlendirme, ne anlatacağını unutma, olayları karıştırma tehlikesini barındırır.

Mahkemede, yargılamaya katılanların, sanık ve mağdurun davranışlarını tanımlamak için kullandıkları dil de tanığın algısına etki edebilir. Bu kapsamda, suç teşkil eden davranış ve buna bağlı olayların izahında mümkün olduğunca somut, bunun haricindekiler açısından ise soyut bir anlatım tarzı kullanılması yerinde olacaktır[73]. Buna benzer bulgular, karar verme sürecinin, psikolojik nitelikteki çok çeşitli faktörlerin etkisine açık olduğunu ortaya koymaktadır[74].

Son olarak sağlıklı bir insanın algısının, gözlemlenen şeyin fiziki yapısı, gölgelerin konumu gibi bazı nedenlerle gerçeğe aykırı şekillenebileceğini de belirtmek gerekir. Diğer bir ifadeyle, göz yanılgıları da algı hatasına neden olabilir. Örneğin, her biri aslında konveks (iç bükey) olan şekillerden bazıları, üzerlerine düşen gölgeler nedeniyle konkav (dış bükey) gibi algılanabilir.

dd. Algıda Seçicilik

Seçici algı, insanın algılayabileceği çevrenin yalnızca belirli yönlerinin kaydedildiği, diğerlerinin gizlendiği psikolojik bir duruma işaret eder. Duyu

---

[73] ENGLICH Birte, **Urteilseinflüsse vor Gericht**, in: Handbuch der Rechtspsychologie (Hrsg. von Renate Volbert und Max Steller), Hogrefe Verlag, Göttingen, 2008, s.488.

[74] ENGLICH, s.488, 489;

organlarının her biri, birbirine paralel olarak aynı anda birkaç uyaran kaydedebilir. Bu kapsamda duyu organlarının ve uyaranların sayısının artmasıyla, kayıt yoğunluğu azalır[75]. Beyin, mevcut örüntülerin daha iyi işlenmesi için aynı zamanda yeni bilgiler bulmaya çalışır. Seçici algı, gözlemlenebilir çevreye ilişkin belirli bir patern arayışının sonucudur[76].

İnsanlar, aynı olayı farklı bir ilgiyle gözlemleyip o olaya ilişkin farklı açıklamalarda bulunabilirler. Kişinin pozisyonunu destekleyen faktörler veya argümanlar, genellikle onu zayıflatanlardan daha güçlü algılanır[77]. Bu kapsamda kişinin ilgisi belirleyicidir. Örneğin, bir yabancıdan şeker alan bir çocuk, şekeri en küçük ayrıntıya kadar tanımlayabilmesine rağmen, kendisine şeker veren yabancı hakkında detaylı bir tasvirde bulunamayabilir[78]. Keza bir silahla tehdit edilen kişi, genellikle failin kendisi hakkında çok az şey hatırlar[79]. Çünkü suç anında risk altındaki kişinin ana odağı, sadece silahtır.

Bu kapsamda bir grup öğrenci ve markette kasiyer olarak çalışan kişiler üzerinde yapılan araştırma, seçici algının tesirini ortaya koymaktadır. Buna göre, farklı marketlerde çalışan kasiyerlerin yalnızca %8'i, birkaç dakika boyunca içeride kalan, para ödeyip çıkan, hatta kendisine soru soran öğrencileri doğru belirleyebilmiştir[80]. Çünkü kasiyerlerin çoğu, yalnızca yaptıkları işle, yani para alıp vermekle ilgilenmektedirler.

Algıda seçicilik kapsamında değinilmesi gereken bir diğer konu, kullanılan dildir. Dil, sadece gerçekliğin terimler vasıtasıyla yansıtılmasını sağlayan bir araç değildir. Dil, nesnelerin veya olayların bilişsel bir süreç içerisinde değerlendirilerek yorumlanmasında da kullanılır. Bu bağlamda dil, tanımlayarak yeni şeyler yaratır. Bu suretle dış dünyadaki uyaranlar, dil ile belli yönleri vurgulanıp belli yönleri ihmal edilerek tasvir edilir[81].

Düşünme ve yorumlama faaliyeti büyük ölçüde dilbilimsel terimlerle yönetildiğinden, nesneler ve olaylar, bunlara dilbilimsel içerikler yüklenerek değerlendirilip buna göre algılanırlar. Bu yönüyle dil, algıyı kontrol eden ve

---

75 EISENBERG, kn.1372.

76 KÜHNE, Der Beweiswert, s.253.

77 NESTLER, s.11.

78 NESTLER, s.11.

79 JANSEN, kn.464; ORTEGA, s.37.

80 ORTEGA, s.35.

81 KÜHNE, Der Beweiswert, s.253.

belirleyen bir unsurdur. Dolayısıyla, dış dünyadaki uyaranlara ilişkin seçimlerde, gözlemcinin kullandığı dil önemlidir. Örneğin, Navahos dilinde, İngilizcenin aksine bazı renk tonlarını tanımlamaya yarayan kelimeler mevcut olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla, anadili İngilizce olan bir kişi, gördüğü renkler içinden tanımlayamadıklarını hatırlamayabilir. Buna karşılık Navahos dilini konuşabilen biri, farklı renk tonlarını isimleriyle ayırt edip algılayabildiği için bunların büyük bir çoğunluğunu hatırlayacaktır[82].

ee. Tamamlama Yoluyla Oluşturulan Bilgiler

İnsan algısına ilişkin kusurlardan biri, duyu organlarının sınırlı kapasitesiyle ilgilidir. Algıyı etkileyen fiziksel bir neden, duyu organlarında bir zafiyet yahut seçici algı söz konusu olmasa da insan, ancak sınırlı bir uyaranı algılayabilir. Bu da bazen, algılananın "objektif olarak" anlamlandırılamaması demektir. Bu tip durumlarda, bir vakıayla ilgili algılanan unsurlar dışında kalan boşluklar, yorumlama mekanizması kullanılarak insan beyni tarafından telafi edilir[83].

Hafızada daha önce depolanan anlam şemaları, parçalar halinde algılanan uyaranları bir bağlama altlayıp tasnif ederek tanımlar ve algının bütüncül olarak şekillenmesini sağlar. Bu da söz konusu bütüne göre koordine olmaya, gerektiğinde tepki göstermeye imkân tanır[84]. İnsanın, özellikle belli bir olaya dair algı geliştirmeden önceki deneyimleri, önyargıları, özel motivasyonları[85] gibi belirleyiciler, algıdaki boşlukların tamamlanmasında kullanılan şablonun oluşturulmasında önemli faktörlerdendir[86].

Hafızadaki boşlukların nasıl doldurulacağına istisnai ve güzel bir örnek, Avustralya'da cinsel saldırıya uğrayan bir kadının, gerçekte saldırganın yüzünü hatırlamamakla birlikte, çizdirdiği robot resim üzerinden Avustralyalı bir psikoloğun suçlanmasına neden olmasına ilişkindir. Yargılamada, kadının, cinsel saldırı esnasında bir televizyon kanalını izlediği ve tanık beyanlarına ilişkin sorunların tartışıldığı bu programa katılan bir psikoloğun yüzüyle, saldırganın kimliğine ilişkin boşluğu doldurduğu anlaşılmıştır[87].

---

82 KÜHNE, Der Beweiswert, s.253.

83 JANSEN, kn.501.

84 EISENBERG, kn.1370 vd.

85 VENTER/LOUW/VERSCHOOR, s.140.

86 KÜHNE, Der Beweiswert, s.253.

87 VENTER/LOUW/VERSCHOOR, s.142.

b. Hatırlama Aşaması

aa. Hatırlama, Bilginin Doğruluğuna Güvence Oluşturmaz

Hafıza, duyu ve algılara göre analiz edilerek depolanan bilgilerin, çağrıldığında geri gelmesidir[88]. İnsan hafızası, tanık olunan bir olayı video kayıt cihazı gibi kaydedemez. Hatırlama da algı gibi kişiseldir. Algı ile hatırlama arasında geçen süreçte kişinin yaşadıkları ve kişisel özellikleri, hatırlanan bilgiye etki eder. Dolayısıyla, hafıza, bir odanın şeklini, bir aracın rengini değiştirebilir. Bu yönüyle hatırlama faaliyeti, algılanan orijinal bilgiyi olduğundan farklı hale getirebilir[89].

Tanığın yargılama konusu olaya ilişkin bilgisi ile bu bilginin yargılama sırasında beyana dönüşmesi arasında, karmaşık bir süreç söz konusudur. Bu süreçte, psikologlar arasında yaygın olarak kabul gören üç aşamanın bulunduğu söylenebilir:

Birincisi "edinme aşaması" olarak anılır. Bu aşamada tanık olunan olay, orijinal haliyle algılanır.

İkinci aşama, olaya ilişkin *"bilginin tutulmasına"* ilişkindir. Olay ile bu olaya ilişkin bilginin nihai olarak hatırlanması arasındaki süreçte, tutulma aşaması söz konusudur.

Son olarak *üçüncü aşamada*, hafızada tutulan bilgi *"geri çağrılır"*[90].

Hatırlama, bilginin; çok kısa, kısa ve uzun süreli hafızadan hangisinde depolandığına bağlıdır. Örneğin, beden diline ilişkin reaksiyonlar yahut otomatik davranışlar, 10 ila 30 saniye arasında hafızada tutulur. Bunların hatırlanması mümkün değildir. Aynı şekilde, uzun süreli hafızaya gereksiz yükleme yapılmaması açısından filtre görevi gören kısa süreli bellek de bilginin, 15 dakika ila 30 dakika hafızada tutulmasını sağlar. Bu kapsamda, bir suç olayına ilişkin önem arz eden bazı bilgiler, tanık tarafından unutulabilir. Söz gelimi trafikte seyir halindeki bir kişi, en son geçtiği kavşakta diğer yönler için yanan ışıkları görse de kendi gittiği yön dışındaki ışıkları hatırlamaz[91]. Dolayısıyla, o yönlerden birine doğru seyir halindeki birden fazla aracın karıştığı kazada, hangisinin kusurlu olduğunu belirlemek açısından, diğer yöndeki araç sürücülerinin beyanları sıhhatli olmayabilir.

---

88 LOFTUS, Eyewitness Testimony, s.21.

89 VENTER/LOUW/VERSCHOOR, s.145.

90 LOFTUS, Eyewitness Testimony, s.21.

91 BENDER/NACK/TREUER, kn.117, 118.

bb. Unutma

İnsan, sıklıkla gözlemlediği, sık ihtiyaç duyduğu bilgiler veya sıkça tekrar ettiği faaliyetleri daha kuvvetli hatırlama eğilimindedir. Bilginin en son kullanılma zamanı hatırlama anına yakınsa, daha net hatırlanması mümkündür. Örneğin, en son bir yıl önce bir iş yemeğine katıldığında kravat bağlamış biri, her gün işe giderken kravat bağlayan birine göre kravatın nasıl bağlandığını unutma eğilimdedir[92]. Buradan çıkan sonuç, algılama ile geri çağırma arasında geçen zamanın hatırlamayı zayıflatacağıdır[93]. Bu çerçevede bir tanık, algıladığı bir olay üzerinden uzunca bir zaman geçtiyse, olaya ilişkin bilgiyi unutmuş olabilir[94].

Unutma, bilginin solma eğilimi gösterdiği bir süreçtir. Bu çerçevede algılanıp işlenen bilgi; gün, hafta ve aylar geçtikçe daha az hatırlanır ve bir süre sonra eğri düzleşerek unutma gerçekleşir[95]. Bu da kişinin, bilgiyi ve ilişkin olduğu vakıayı dramatize etmesi, yanlış bilgilere dayandırması riskini beraberinde getirir[96]. Çünkü bu durumda unutulan bilgi, kişisel olarak yeniden inşa edilerek aktarılabilir veya yukarıda izah edildiği üzere kişi unuttuğu kısımları, bilginin depolandığı bağlam içerisinde yahut bu bağlamdan koparak başka bilgilerle doldurabilir.

Unutmanın, tanığın olaya ilişkin ilk izleniminin ne kadar zayıf olduğuyla doğru orantılı olarak hızla gerçekleşeceği söylenebilir. Tanık olunan olaydan hemen sonra başkaca bir konuya yoğunlaşma da unutmayı kolaylaştırır. Ayrıca örneğin, kişinin yoğun olarak meşgul olduğu bir iş sürecinin arasında yaşadığı bir olayı, ilgi kaybı nedeniyle çabuk unutması mümkündür.

Bunun dışında, tanık olunan olayın kişide duygusal karşılığının çok kuvvetli olması da unutma süresini uzatır. Keza travma yaratan olaylar için de aynı şeyi söylemek mümkündür. Ancak travma ve kişide şok etkisi yaratan olaylarda, hatırlama genellikle kuvvetli olmakla birlikte, olaya ilişkin bazı kısımların hatırlanmasının, bastırıldıkları için oldukça zor olduğu, bu durumlarda kişinin tamamlamaya meyilli olduğu gözden uzak tutulmamalıdır.

---

92 GARDNER Dillard S., **Perception and Memory of Witnesses**, Cornell Law Quarterly, Vol. 18, No. 3 (1932-1933), s.392.

93 LOFTUS, Eyewitness Testimony, s.47.

94 HOHLWECK, s.1107; JANSEN, kn.481.

95 NESTLER, s.12.

96 BENDER/NACK/TREUER, kn.126; NESTLER, s.12.

Tanıkların büyük bir kısmı, özellikle ceza yargılamasında duruşmaya çıktıklarında heyecan duyarlar; nereye bakacaklarını, nerede duracaklarını bilemezler. Belli bir disiplin ve düzen içerisinde yürütülen duruşmaya katılmak ve bir hakimin veya heyetin karşısında olmak da bu heyecanının kaynaklarından biridir. Bu nedenlerle tanık, yargılama sırasında bazı hususları unutabilir. Bunun için tanığın eğitimi, yaşı, mesleği gibi şahsi özellikleri dikkate alınarak tanığa meseleyi aydınlatacak tarzda sorular sorulmalıdır.

c. Aktarma (Beyan) Aşaması

aa. Algı ve Hafızaya Etki Eden Aktif-Pasif Öneri

aaa. Genel Olarak

Tanık, müşahede edilen olayla ilgisi bulunan veya bulunmayan üçüncü kişilerin yönlendirmelerinden etkilenebilir. Bu durumda tanık, hatırlamadığı bir olayı varsayımsal olarak aktarır.

Bir yaklaşıma göre varsayımsal beyanlar, genellikle öneriye dayalı olarak ortaya çıkar. Bu kapsamda, beyanın gerçeğe aykırı olmasına sebep olan dışsal etki, aktif veya pasif olabilir.

Aktif etki, üçüncü kişiden kaynaklanan ve belli bir yönde beyanda bulunma yahut beyanın içeriğini değiştirme potansiyeli olan etkidir.

Pasif etki ise, öneriye duyarlılık olarak anlaşılmalıdır. Diğer bir ifadeyle pasif etki, belli bir şekilde beyanda bulunmak üzere etkilenen kişinin ruh haline ilişkindir[97]. Pasif etki, beyanda bulunanın, sevgi, güven, korunma ihtiyacı, özgüven noksanlığı gibi duygusal yönlerindeki eksikliklere ilişkin olabileceği gibi, hatırlayamama hali, bilgi noksanlığı, mantıklı düşünme veya anlama kabiliyeti vb. bilişsel zayıflıklar nedeniyle de ortaya çıkabilir. Ayrıca, olayın net olmaması gibi yapısal belirsizlikler de beyanı pasif yönden etkileyebilir.

Netice itibarıyla, öneriye dayalı varsayımsal beyanlara neden olan etkiler, beyanda bulunanın herhangi bir eğilimine yahut öneri sahibinin bir aktivitesine bağlı olmak zorunda değildir. Burada önemli olan, beyanda bulunan ile yapılan önerinin herhangi bir şekilde etkileşime girmesidir[98]. Bu kapsam-

---

[97] VOLBERT Renate/STELLER Max, **Kapitel 21: Glaubhaftigkeit**, in: Bliesener/Lösel/Köhnken, Lehrbuch Rechtspsychologie, Verlag Hans Huber, Bern, 2014, s.397.

[98] VOLBERT/STELLER, Glaubhaftigkeit, s.397.

da, kişinin otoriteye yahut sosyal açıdan akranlarına uygun hareket etme eğilimi, pasif etki olarak kabul edilebilir *(uygunluk paradigması)*[99].

Kaynak karışıklığı olarak kabul edilen durumlar da pasif etkiye örnek gösterilebilir. Kişinin şahsi özelliklerine göre etkiye açık olduğu bu tip durumlar, Avustralyalı ünlü psikoloğun cinsel saldırıdan suçlanması misalindekine benzer şekilde[100] gerçek bir olayın tamamlanmasına neden olabilecekleri gibi *(hatalı bilgi paradigması)*, tamamen sahte anılar da oluşturabilirler *(implantasyon -yerleşme- paradigması)*. Hafıza, başkalarını dinleme, gözlemleme gibi dış kaynaklı fakat kişisel deneyimlere dayalı verilerden oluşabilir. Bununla birlikte, hayal edilen vakıalar da yaşanmışçasına hafızaya kaydedilerek sahte anılar oluşturulabilir. Bu durum, belleğin dağınık olmasına yahut psikolojik bir rahatsızlığa bağlı olarak gelişebilir[101].

Aktif etkiye dayalı varsayımsal beyanlar yönünden, iki farklı gruba, algılarını değiştirebilecek öneriler barındıran soruların yöneltildiği bir deney örnek gösterilebilir[102]. Bu kapsamda katılımcılara, bir sınıf ve 5 dakika boyunca bu sınıfa dahil olup gösteri yapan 8 kişi gösterilmiştir. Katılımcılardan bir gruba şu soru yöneltilmiştir: *"Sınıfa dahil olan 4 göstericiye liderlik eden kişi kadın mıydı erkek miydi?"*. Diğer gruba ise aynı soru, bu defa gösterici sayısının 12 olduğu ima edilerek sorulmuştur. Aradan bir hafta geçtikten sonra, bu defa her iki gruba da kaç tane gösterici olduğu sorulmuştur. İlk grup altı; ikinci grup ise, dokuz gösterici olduğunu söylemiştir. Görüldüğü gibi burada varsayımsal beyana neden olan aktif etki, algı ve hafıza yönünden bir fonksiyona sahiptir. Gerçeğe ilişkin algıyla öneri arasındaki çatışma, kişinin bunların her ikisinden de farklı bir algı geliştirmesine neden olabilir.

bbb. Teşhis İşlemi Yönünden

Ceza muhakemesi hukukunda, aktif etki, özellikle failin kim olduğunu belirlemeye yarayan "teşhis" işlemi[103] yönünden söz konusu olabilir. Teşhis,

---

[99] BENDER/NACK/TREUER, kn.109; BRACKMANN Nathalie/HABERMEYER Elmar, **Interkultureller Vergleich kindlicher Zeugen/Opferbefragungen: "Was wir von anderen Ländern lernen können"**, Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie, Volume 13, 2019, s.145.

[100] Yukarıda, "Tamamlama Yoluyla Oluşturulan Bilgiler" başlığı altında aktarılmıştır.

[101] BRACKMANN/HABERMEYER, s.144.

[102] Örnek için bkz. LOFTUS, Event Perception, s.10.

[103] Teşhis, 2.6.2007 tarih ve 5681 sayılı Kanun ile 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'nda (PVSK) yapılan değişiklikle Ek Madde 6/9 ve devamında düzenlenmiştir.

mağdura yahut tanığa, şüphelinin kendisinin veya fotoğraflarının gösterilmesi şeklinde uygulanabilir. Teşhisin, tanığın algısını etkileyecek tarzda yapılmaması gerekir. Tanığa, aralarında şüphelinin de bulunduğu birden fazla kişi gösterilerek icra edilen seçimlik teşhis sırasında, *"Bunlardan hangisi fail?"* şeklinde yönlendirici bir soru sorulmamalıdır. Bunun yerine aynı soru, tanıklığa ilişkin bilgiyi ortaya çıkaracak mahiyette, *"Fail, bu gördüklerinden biri mi?"* şeklinde kurgulanmalıdır. Benzer şekilde, ilk görüşte birini seçip teşhis eden tanığa, *"Diğerleri fail olamaz mı?"* gibi yönlendirici sorular yöneltilmemelidir.

Teşhis sırasında şüpheli dışında, teşhis edilecek birden çok kişi bulunması ve bunların, yaş, cinsiyet, boy, kilo gibi özelliklerinin, işleme başlanmadan önce, teşhiste bulunacak kişinin faili tarif eden beyanlarına göre belirlenmesi gerekir[104]. Nitekim bunu teminen PVSK Ek Madde 6'da *"işleme başlanmadan önce, teşhiste bulunacak kişinin faili tarif eden beyanları tutanağa bağlanır"* hükmüne yer verilmiş olmakla birlikte, maddede, şüpheli dışında teşhis işlemine alınacak kaç kişinin bulunması gerektiğine dair herhangi bir açıklık yoktur. Teşhise tabi tutulacak kişi grubunun sayıca az olmasının, teşhiste bulunması istenen mağdur yahut tanığın hatalı teşhiste bulunmasına neden olabileceği dikkate alınarak, bu işlem sırasında en az sekiz kişinin bulunması gerektiği ifade edilmektedir[105]. Aynı sayının, fotoğraf üzerinden yapılan teşhislerde de geçerli olduğu söylenebilir[106]. Bu kapsamda, teşhise tabi tutulacak kişi sayısının kanunla belirlenmesi gerektiği, aksi durumda birbirinden farklı uygulamalar geliştirilebileceği haklı olarak ifade edilmiştir[107]. Tatbikatta, teşhis işleminin genellikle şüpheli dahil beş veya altı kişiyle yapıldığı görülmektedir.

Teşhisten önce, mağdur yahut tanığın, faile ilişkin tutanağa geçirilen tarifinde failin; giyim tarzı yahut saç modeli, saç rengi, sakal uzunluğu veya tarzı, vücudunda bir dövme bulunması gibi bazı fiziksel özelliklerine yer verilmişse, fail dışında teşhise tabi tutulacak kişilerin de buna uygun seçilmesi gerekir. Tutanaktaki tarifte, güzellik, yakışıklılık, çekicilik gibi objektif olarak belirlenmesi mümkün olmayan tariflere yer verilmemelidir. Ayrıca

---

[104] MAIER Stefan, **StPO §58 [Vernehmung; Gegenüberstellung],** in: Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, C.H. Beck, München, 2014, kn.55; ODENTHAL Hans Jörg, **Die Gegenüberstellung zum Zwecke des Wiedererkennens**, NStZ 1985, s.433.

[105] MAIER, kn. 55.

[106] MAIER, kn. 55.

[107] İNCİ Zekiye Özen, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Teşhis**, TBB Dergisi, S.85, 2009, s.118.

teşhise tabi tutulacak kişiler arasında yer alan şüphelinin süreç içerisinde fiziksel özellikleri değişmişse, örneğin saçını boyatmışsa, bunların suç tarihindeki haline getirilmesi gerekir (PVSK Ek Madde 6/12)[108]. Şüpheli bu işlemi kolaylaştırma yükümlülüğü altında olmadığından, bu değişiklikleri rızaen kendisi yapmasa da bunların yapılmasına katlanmakla yükümlüdür[109]. Uygulamamızda, zaman zaman bu kurallara uyulmadığı müşahede edilmekte, hatta bazı hallerde, teşhis yapılacağı gün yakalanan kişilerin rastgele şüpheli ile birlikte teşhise sokulduğuna dahi rastlanmaktadır.

Tanık yahut mağdur, teşhise tabi tutulan kişiler arasından ilk bakışta birini seçmişse bile, yukarıda izah edildiği üzere, tanığın algısına etki edebilecek birçok neden bulunduğu dikkate alınarak, teşhise tabi tutulan tüm kişilere tek tek bakması sağlanmalıdır[110].

Teşhis yönünden en önemli hususlardan biri, teşhise tabi tutulacak kişilerden yalnızca bir tanesinin şüpheli olması gerektiğidir[111].

Tanık veya mağdurun, faili ve suç olayını müşahede ettiği andaki şartlar dikkate alınmaksızın, teşhis sonucunda yapılan tanımanın güçlü bir delil değeri olduğu söylenemez. Bu itibarla teşhiste bulunanın, şüpheliyi "kesin olarak" veya hatta "mutlak bir kesinlikle" tanıdığına inanmasının tek başına bir anlamı yoktur; teşhis sonucunda ortaya konulan öznel kesinlik, doğru teşhisin bir göstergesi değildir[112]. Zira teşhisle yapılan tanıma, yukarıda ayrıntılı olarak izah edilen bilişsel psikolojiye ilişkin nedenlere bağlı olarak hatalı olma riskini her zaman taşır.

Netice itibarıyla teşhis işleminde, tanık veya mağdurun beyanına aktif etki edecek davranışlardan kaçınılması dışında, şu hususların da dikkate alınması gerekir:

---

[108] Bu tür değişikliklerin kolluğun takdirine bırakılmaması, hakim kararıyla yapılması ve ağır bazı suçlar için ve teşhisin başka türlü gerçekleştirilemeyecek olması halleriyle sınırlı olarak kabul edilmesi gerektiği, ancak her halükarda değişiklik yapılacaksa da ölçülülük ilkesine riayet edilmesi gerektiği hususunda bkz. İNCİ, s.120, 121.

[109] ODENTHAL, s.435.

[110] MAIER, kn.55.

[111] SPORER Siegfried Ludwig/SAUERLAND Melanie/KOCAB Kerstin, Personenidentifizierung (Kapitel 9), in: Bliesener/Lösel/Köhnken, Lehrbuch Rechtspsychologie, Verlag Hans Huber, Bern, 2014, s.158.

[112] ODENTHAL, s.435, 436.

İlk olarak teşhis işleminin hem Kanunda öngörülen şekle hem de bu alandaki bilimsel araştırma ve çalışmalarla elde edilen sonuçlara göre ortaya konulan tespitlere uygun yapılması önemlidir. *İkinci olarak* sadece teşhisin sonucuna göre hareket edilmemesi, teşhiste bulunan tanık veya mağdurun suç olayını müşahede ettiği andaki ve teşhis sırasındaki psikolojik durumu ile olaya eşlik eden, tanığın/mağdurun algısına tesir edebilecek fiziksel etkenlerin de dikkate alınması lazımdır. Böylece, teşhisin sonuçlarının isabetli olma ihtimali yükselecektir[113].

bb. Tanığa Yöneltilen Soru Tarzının Etkisi

Algıya ve hafızaya etkide bulunan bir neden olmaksızın, yalnızca sorulan soruların tarzı da tanığın hangi doğrultuda beyanda bulunacağı, neyi ne kadar anlatacağı konusunda belirleyicidir.

Bu kapsamda gerçekleştirilen bir deneyde, ağrı kesiciler ile ilgili yapılan piyasa araştırması çerçevesinde, rastgele seçilen bir grup katılımcıya, sürekli satın aldıkları ağrı kesici dışında kaç ürünü deneyimledikleri sorulmuştur. Cevaplar, çok kısa ve genellikle ya tam sayı veya ortalama bir rakam verecek tarzdadır. Ancak deney sorusu değiştirilip bir grup katılımcıya, *"Sıklıkla ağrı kesici kullanıp kullanmadıkları, cevap olumlu ise, hangi sıklıkla kullandıkları"*; diğer bir gruba ise, *"Ara sıra ağrı kesici kullanıp kullanmadıkları"* sorulduğunda, cevaplar farklılaşmıştır. Buna göre, birinci grup haftada birden az; ikinci grup ise haftada ortalama 2.2 kez ağrı kesici kullandığını söylemiştir[114].

Buradan hareketle, ceza yargılamasında, tanığa sorulacak soruların doğru bir şekilde belirlenmesi gerektiği sonucuna ulaşılabilir. Tanığa, *"Olayla ilgili bildiklerin nelerdir?"* gibi genel bir soru sorulmakla yetinilmemelidir; olayın özelliklerine göre gerçeği ortaya çıkarmaya yönelik farklı sorular sorulması gerekir. Bu çerçevede, tanığın duruşmada hazır bulundurularak dinlenmesi önemlidir. Böylece, tanığa soru sorma hakkı bulunan kişiler de kendi gerçeklik algıları üzerinden tanığa soru sorabilirler (CMK m.201). Çelişmeli muhakeme, tanığın olayı müşahede ettiği kadarıyla hatırlamasına, beyandaki muhtemel çelişkilerin ortadan kaldırılmasına hizmet eder.

---

[113] MAIER, kn.55.

[114] LOFTUS, Event Perception, s.10.

cc. Kullanılan Dil

Tanık, meramını anlatabilecek ölçüde Türkçe bilmiyorsa; mahkeme tarafından atanan tercüman aracılığıyla duruşmadaki iddia ve savunmaya ilişkin esaslı noktalar tercüme edilir (CMK m.202/3). Bununla birlikte, tercüman, tanığın kullandığı lehçeye/aksana hakim olmayabilir. Dolayısıyla, tanığın beyanı ile tercümanın çevirdiği hususlar arasında farklılıklar oluşabilir.

Yargılamada hukuki meseleler tartışıldığı için kullanılan dil de günlük dilden farklılaşır. Bu durumda tanık, günlük yaşamında kullanmayacağı bir dil ile sorulara cevap vermeye çabalayabilir. Bunun tam aksine tanık, günlük dilde kullandığı ifadelerle de beyanda bulunmaya çalışabilir[115]; bildiklerini tam olarak aktaramayabilir yahut tanığın söyledikleri anlaşılamayabilir. Söz gelimi, tehdit suçunu oluşturan davranışların neler olabileceği konusunda bilgisi bulunmayan bir tanık, a-tipik bir davranışı tehdit olarak niteleyebilir. Örneğin söz konusu tanık, eşiyle boşanmış olmakla birlikte, ortak çocukla belli günlerde bir arada bulunması kararlaştırılmış olan A'nın, eski eşine hitaben sarf ettiği, *"Çocuklarımı göremiyorum; bir dava açıp alacağım senin elinden!"* şeklindeki sözlerinin, tehdit suçuna vücut verdiğini düşünebilir. Bu durumda, tanığa, A'nın hangi sözleri sarf etmiş olduğuna ilişkin soru sorularak maddi olayın aydınlatılması gerekir.

Dil ile ilgili zorluklar, özellikle ana dili Türkçe olmayan fakat Türkçe tanıklık eden kişiler yönünden ortaya çıkabilir. Ayrıca bu gibi sorunlar nedeniyle, tanığın beyanını kayda geçirten hâkim ve beyanı yazan kâtip, aslında tanığın söylediğini değil, kendi algılarına göre bu beyanın tamamlanmış, yorumlanmış şeklini zapta geçirebilirler[116].

dd. Kolluğun Rolü

Varsayımsal beyanda bulunmaya neden olabilecek faktörler arasında, soruşturma veya kovuşturma aşamasında rolü bulunan, hukukçular dışındaki süjelerin mesleki faaliyetlerini de saymak mümkündür. Bu kapsamda ilk akla gelen, adli kolluktur.

Kolluk, belli nedenlerden ötürü dışa karşı hile (hukuka aykırılık) eğiliminde olabilir[117]. Bu eğilim, genelde, kolluğun hukuken birtakım işlemleri yapmaya yetkili olmadığı zamanlarda ortaya çıkar. Bilgi toplamak, soruş-

---

[115] HOHLWECK, s.1108.

[116] HOHLWECK, s.1108.

[117] SOKULLU-AKINCI Füsun, **Polis -Toplumsal Bir Kurum Olarak Gelişmesi, Polis Alt-Kültürü ve İnsan Hakları-**, Gümüş Basımevi, İstanbul, 1990, s.64 vd.

turma yapmak, yanlış fakat hukuka uygun bazı davranışları kontrol etmek, çoğunlukla da delil toplamak için hile kullanılır[118]. Örneğin, Amerika Birleşik Devletleri'nin Wisconsin eyaletinde meydana gelen bir olayda[119], sahilde koşuya çıkan bir kadın cinsel saldırıya uğrar ve kaldırıldığı hastanede kendisinin verdiği tarife göre bir robot resim çizdirilir. Mağdur, yıllar sonra bir sempozyumda yaptığı konuşmada olayla ilgili şu anekdotu paylaşmıştır[120]: *"... anladığım kadarıyla robot resim çiziminden sonra orada bulunan bir kadın kolluk görevlisi, 'bu tarif komşum Steven Avery'e benziyor' diye düşünüp dışarıda bekleyen Şerif'e bu ismi iletti ve Şerif de polis merkezini arayarak içinde Steven'ın fotoğrafının da olduğu, sakallı dokuz şüpheliye ait fotoğrafın hastaneye getirilmesini istedi... Robot resim çizildikten sonra, 'aklınızda bir şüpheli var mı?' diye sorduğumda, bana 'evet' cevabını verdiler."*

Yine mağdurun beyanına göre Steven, bu saldırı olayının meydana geldiği dönemde, şerif yardımcısının karısı ile aralarında yaşanan ve Steven'ın kadının yüzüne silah doğrultmasıyla sonuçlanan olay nedeniyle suçlanmaktadır[121].

Görüldüğü gibi bu olayda kolluk, Steven Avery'nin teşhisi için mağdura, yukarıda izah edildiği haliyle duygusal açıdan pasif algı etkisi doğuracak şekilde yönlendirmede bulunmuş ve mağdurun bu çerçevede verdiği ifade nedeniyle, Steven Avery, onbeş yıl cinsel saldırı, onbeş yıl öldürmeye teşebbüs olmak üzere, toplam 30 yıl hapis cezasına mahkum edilmiştir.

Bu beyanlar, tek başlarına dahi hakimin kanaatini, onun gerçeklik algısını etkileme gücüne sahip olabilir. Bu bakımdan ceza muhakemesinin, tüm süjelerin gerçeğe ilişkin algısal farklılıklarını ortadan kaldırmaya elverişli olacak tarzda yürütülmesi gerekir.

3. Kasten Gerçeğe Aykırı (Yalan) Beyan

A. Nedenleri

Tanığın yargılama sırasında yalan söylemesi, yukarıda açıklanan diğer durumlara göre daha nadirdir[122]. Yalan tanıklık, esas itibarıyla yargılama

---

[118] SOKULLU-AKINCI, s.88.

[119] Bu olay, "Making a Murderer" adı altında belgeselleştirilmiş olup ABD'de masumiyet projesi (Innocence Projekt) olarak bilinen bir projenin pilot vakıaları arasında yer almıştır.

[120] BEERNTSEN Penny, **Transcript of Penny Beerntsen's Speech at Reforming Eyewitness Identification Symposium**, Cardozo Public Law, Policy, and Ethics Journal, Issue 2, April 2006, s.242, 243.

[121] BEERNTSEN, s.242.

[122] THEUNE, s.123.

konusu olayla ilgili gerçeğin[123] tümüyle veya kısmen başka türlü anlatılması, gerçeğe ilave birtakım unsurlar eklenerek beyanda bulunulmasıdır[124]. Bununla birlikte gerçeğe aykırılığın, tanığın olay hakkındaki bilgisine ilişkin olması gerekir. Tanık, olayla ilgili bildiklerini doğru anlatmakla birlikte, bu olaya ilişkin kendi analizlerini, yorumlarını, değerlendirmelerini, kanaatini, hissettiklerini gerçeğe aykırı olarak beyan eder yahut tamamen veya kısmen gizlerse, fiili tipik olmayacağından yalan tanıklık suçu oluşmaz[125].

Tanığın kasten gerçeğe aykırı beyanda bulunması, çeşitli nedenlerden kaynaklanabilir. Bunların başında, sanığı cezadan koruma veya sanığın cezalandırılmasını sağlama isteği gelmektedir. Nitekim bazı tanıklar, yakınları olan sanıkların ceza almamaları yahut daha az ceza almaları için bilerek gerçeğe aykırı beyanda bulunabilirler.

Mağdurların yalan beyanda bulunmasının sebebi, bunlar davaya katılmamış olsalar bile, sanığın cezalandırılmasında doğal olarak menfaat sahibi olmalarıdır[126]. Bir kimseyi adli takibata uğratacak şekilde gerçeğe aykırı isnatta bulunan şikayetçi, olayın tanığı sıfatıyla alınan beyanında (CMK m.236/1), yargılama dışı bazı çıkarlar elde etmeyi umuyor olabilir. Ayrıca sanıkla arasında husumet bulunan kişiler de sanığın ceza almasını temin edebilmek için yalan tanıklık yapabilirler. Aynı yargılamada, suça iştirak ettiği isnadı altında olan şerik ile fail olarak yargılanan kişi arasındaki ilişki, buna örnek gösterilebilir.

Yalan beyanda bulunulması durumunda, herhangi bir gerçek kişiye zarar gelmeyecek olması da yalan tanıklığın nedeni olabilir. Örneğin, dolandırıcılığın sigorta şirketi zararına işlenmesi halinde yahut devlete karşı işlenen suçlarda tanık, söz konusu motivasyonla ve sanığı korumak adına yalan söyleyebilir[127].

---

[123] GÖKTÜRK, s.356.

[124] Yalan tanıklık suçu (TCK m.272) bakımından tanığın bildiklerini kısmen veya tamamen gizlemesi de bu suçu oluşturmaktadır. *("Gerçeğe aykırı tanıklık yapmak, maddi olay hakkında bilerek gerçeğe aykırı beyanda bulunmak, yalan söylemek, gerçeği inkâr etmek ya da sorulan sorularda bilgisini az veya çok saklamaktır..."* Y. CGK., 8.5.2018, 2015/9-177 E., 2018/205 K., www.kazanci.com (erişim: 12.8.2020).

[125] GÖKTÜRK, s.357.

[126] FEYZİOĞLU, s. 388, 389.

[127] BENDER/NACK/TREUER, kn.260.

Yalan tanıklık, küçük motivasyonlardan da kaynaklanabilir. Örneğin, trafik kurallarına aykırı araç kullanan A'nın yaptığı kazaya şahit olmayan, kazadan önce A'nın süratli gittiğine dahi tanıklık etmemiş olan B, X marka araç kullananların tamamının tehlikeli araç kullandığını düşünüp *"Nasılsa kesin A hatalıdır!"* diyerek, kazadan önce A'nın kendisini süratle solladığını söyleyebilir[128].

Adli kolluk bakımından ortaya çıkan dayanışma, gizlilik, soyutlanma, tutuculuk gibi bazı alt kültür[129] özellikleri de kasten gerçeğe aykırı beyanda bulunulmasının kaynağını oluşturabilir. Örneğin bir polisin rüşvet aldığı iddiası kapsamında soruşturma yürüten kolluk, dayanışma kültürü dolayısıyla bazı delilleri kasıtlı olarak görmezden gelebilir yahut gizleyebilir[130]. Benzer şekilde, yargılamanın taraflarıyla ilgisi olmayan üçüncü kişiler de güvenlik güçlerinin veya din görevlilerinin kusurlu davranmış olamayacağı yahut onlara ihtiyaç bulunduğu düşüncesinden hareketle, onları korumak için yalan beyanda bulunabilirler.

Somut olayla ilgili soruşturmaya katılmış kolluk görevlilerinin, sanığın cezalandırılması saikiyle hareket edebilmeleri de mümkündür.

Doğruyu söylemesinin, kendisi aleyhine bazı menfi sonuçları olacağını öngören tanık da yalan söyleyebilir. Söz gelimi, toplumsal ahlak kurallarınca kabul görmeyeceğini düşündüğü bir yerde bulunan kişi, burada işlenen bir suça tanıklık etse de olay sırasında orada bulunmadığını söyleyebilir.

Bunun dışında, tanık, şüpheli/sanık veya üçüncü kişilerin baskısı nedeniyle ve gerçeği söylediğinde, kendisine yahut yakınlarına bir zarar geleceğinden endişe ederek de yalan söyleyebilir.

Tanık, yargı makamlarının yahut diğer ilgili üçüncü kişilerin kendisine inanmayacaklarını düşünebilir *(sübjektif yargı)*. Bu da tanığın yalan beyanda bulunmasına neden olabilir. Bu durum, bazen tanığın müşahede ettiği vakıanın tamamıyla, bazen de bir kısmıyla ilgilidir. Bununla birlikte, beyanı değerlendirmeye yetkili üçüncü kişiler (hakim, savcı) de beyanı inandırıcı bulmayabilir *(objektif yargı)*. Her iki durumla da sıkça karşılaşmak müm-

---

[128] Örnek için bkz. BENDER/NACK/TREUER, kn.249.

[129] Alt kültür kısaca, toplumdaki belli bir gruba özgü anlamlar, değerler ve davranış biçimleri olarak tanımlanabilir (SOKULLU-AKINCI, s.63)

[130] Bu tür durumların grup dayanışması kapsamında yalan tanıklığa motivasyon teşkil ettiği hususunda bkz. BENDER/NACK/TREUER, kn.267.

kündür[131]. Bu hallerde tanık, yalan tanıklık suçundan mahkum olma riskiyle karşı karşıya kalabilir[132]. Bu takdirde, CMK m.48'de yer verilen *"Tanık, kendisini veya 45 inci maddenin birinci fıkrasında gösterilen kişileri ceza kovuşturmasına uğratabilecek nitelikte olan sorulara cevap vermekten çekinebilir"* hükmü uyarınca, tanığın beyanda bulunmaktan imtina etmesi mümkün olabilir mi? Burada belirleyici olan, söz konusu düzenlemenin fonksiyonudur. Acaba esasen (ratio legisi bakımından) ceza muhakemesi hukukunun evrensel kurallarından biri olan nemo tenetur ilkesinin bir sonucu olarak CMK m.48'de yer verilen bu düzenleme[133], fonksiyonu itibarıyla ceza muhakemesinin maddi gerçeğe ulaşma amacı kapsamında tanığı hakikati söylemeye mi zorlamaktadır? yoksa tanığın şahsi haklarının korunmasına mı hizmet etmektedir? Baskın görüşe göre, söz konusu maddede düzenlenen durum, tanıklık aşamasından önce işlenen bir suçla ilgilidir. Dolayısıyla, tanığın yalan söylemekten imtina etmek için bu hükme göre cevap vermekten çekinmesi söz konusu olamaz. Buna karşılık, CMK m.48'in, tanığın şahsi durumunun ceza kovuşturmasıyla kötüleştirilmemesine hizmet ettiği, ceza kovuşturmasına neden olabilecek suçun daha önce mi; yoksa beyan sırasında mı işlendiğinin bir önemi olmadığı da ifade edilmiştir[134]. Kanımızca, tanıklığa ilişkin diğer hükümler nazara alındığında, ikinci görüşün kabulü daha makul olacaktır. Bu bakımdan, yalan söylemek istemeyen tanığın, kendisine yöneltilen sorulara cevap vermekten kaçınması mümkündür.

Son olarak belirtmek gerekir ki yukarıda zikredilen herhangi bir nedenle yalan tanıklıkta bulunan bir kişi, sonrasında bunu sürdürme motivasyonuna sahiptir. Bunun sebebi, yalan söylediğini kabul etmenin getireceği utanç ve itibar kaybını önlemek olabileceği gibi, bu tür bir kabulün, ekonomik, duygusal vb. yönlerden ortaya çıkaracağı olumsuz sonuçlardan kaçınmak da olabilir[135].

---

[131] KEHR Martin, **Dilemma des Zeugen bei wahrer, aber unglaubhafter Aussage**, NStZ 1997, s.160.

[132] Burada, gerçeğin inandırıcı olmayacağını düşünerek yalan söyleyen tanık hakkında, yalan tanıklık suçu dolayısıyla başlatılan tahkikat yönünden zorunluluk halinin mevcut olup olmayacağı tartışılabilir.

[133] Nitekim Anayasanın 38 inci maddesinde, hiç kimsenin kendini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamayacağı hüküm altına alınmıştır.

[134] KEHR, s.161

[135] BENDER/NACK/TREUER, kn.270 vd.

B. Beyan Psikolojisi Çerçevesinde Gerçeğe Aykırılığın Belirlenmesine İlişkin Bilimsel Yaklaşımlar

a. Psiko-fiziksel Analiz

Tanığın kasten gerçeğe aykırı beyanda bulunup bulunmadığını tespit etmek oldukça zordur. Tanık beyanının sıhhati, genel itibarıyla yargılamayı yürüten hakimin delilleri takdir yetkisi kapsamında değerlendireceği bir husustur. Psiko-fiziksel analiz, bu kapsamda hakim tarafından doğrudan uygulanabilir bir yöntemdir.

Yargılamada, kişinin yalan söylerken psiko-fizyolojik bazı tepkiler verip vermediği dikkate alınabilir. Bu türden tepkileri esas alan *eksitasyon yaklaşımına (=Arousal -uyarımsal- Ansatz)* göre, yapılan deneylerde, kasten yalan söyleyen kişide yüksek kan basıncı, seste yükselme gibi fizyolojik uyarılmalar ortaya çıktığı tespit edilmiştir[136].

Bilişsel yaklaşımlar (=kognitive Ansätze) ise gerçeğe aykırı beyanların, kişide anksiyeteye bağlı olarak, yanıtlarda gecikme, daha düşük konuşma hızı, vücut hareketlerinde azalma gibi bazı reaksiyonlara neden olduğunun altını çizmektedir.

Üçüncü bir yaklaşım, yalan söyleyen kişinin, davranışlarını kontrol etmeye çabaladığı, bunun da donuk ve engellenen bir ifade tarzına neden olduğuna işaret etmektedir[137].

Hem bilişsel hem de uyarımsal yaklaşımlar açısından ortak nokta, gerçeğe uygun beyanda bulunan tanığın, bilişsel faaliyeti (hatırlama) ile inancı arasında bir uyum olması, bir başka söyleyişle, inanarak konuşması; buna karşılık yalan söyleyen tanığın anlatımının kurguya dayanmasıdır. İnanmayan tanık, bilişsel olarak kurguladıklarını toparlayıp aktarmakta zorlanacağı gibi, bunun psiko-fiziksel etkilere neden olması da kaçınılmazdır[138].

b. İçerik Analizi

Psiko-fiziksel belirtileri tespit etmeye yarayan bilişsel ve uyarımsal yaklaşımlar ile özellikle bu belirtileri ortaya çıkarmak için tanığın yalan maki-

---

[136] VOLBERT/STELLER, Glaubhaftigkeit, s.391.

[137] VOLBERT/STELLER, Glaubhaftigkeit, s.391, 392.

[138] VOLBERT Renate/STELLER, Max, **Is This Testimony Truthful, Fabricated, or Based on False Memory?-Credibility Assessment 25 Years After Steller and Köhnken (1989)-**, European Psychologist, Vol. 19 (3), 2014, s.208, 209.

nesine bağlanması gibi uygulamalar, beyanın doğru olup olmadığı konusunda her zaman güvenilir sonuçlar vermez[139]. Bu nedenle, söz konusu yaklaşımlar yerine, beyanın içeriğinin dikkate alınması gerektiği ileri sürülmüştür.

aa. Undeutsch Hipotezi

İnsanın belli bir vakıaya ilişkin anlatımlarının, genellikle üç kaynağı bulunur. Bunlardan *birincisi,* beş duyu organıyla algılanan olaylardır *(bizatihi/doğrudan tanıklık)*. *İkincisi*, bir olayı müşahede eden kişinin anlatımlarıdır *(tanığın tanığı/dolaylı-ikincil tanık)*. Üçüncüsü ise, bir olaya ilişkin oluşturulan zihinsel tasarımdır *(kurgu olay)*[140]. Özellikle zihinde türetilen kurgu anılar ile gerçeğe dayanan hatırlamaların birbirinden ayrılması, gerçekliğin izlenmesi *(=reality monitoring)* olarak anılır[141].

İçerik analizinde temel alınan *Undeutsch hipotezine* göre, gerçek beyan ile kurgusal beyan arasında, anlatımın niteliği açısından ciddi bir fark vardır[142]. Bu fark, kural olarak gerçeğe uygun beyanların, -hata payı olmakla birlikte- hafızaya, yalan beyanların ise, kurguya dayalı olmasından kaynaklanır[143].

Uydurma bir vakıanın kurgulanması sırasında mantık hataları yapılmamasını, tüm anlatımın kendi içinde tutarlı olmasını sağlamak, ancak başarılı bir zihinsel sürecin ürünü olabilir. Bu yönüyle bilişsel çok fazla detay içeren, ayrıntıdan yoksun, duyusal canlılığa sahip olmayan, anlam ve bağlam yönünden zayıf anlatımlar, genellikle kurgusal olaylara dayanır[144]. Ayrıca, kurgunun ikna edici biçimde sunulabilmesi için de aktaran kişinin yüksek düzeyde iletişim becerilerine sahip olması gerekir[145]. Beyanın içeriğinin belli

---

139 BENDER/NACK/TREUER, kn.223 vd.

140 LINDSAY D. Stephen/JOHNSON, Marcia K., **Reality Monitoring and Suggestibility: Children's Ability to Discriminate Among Memories From Different Sources**, in: Children's Eye Witness Memory, Edited by Stephen J. Ceci, Michael P Toglia, David F. Ross, Springer, New York, 1987, s.92.

141 Bu terimin ilk defa Johnson&Raye tarafından 1981 yılında zikredildiği hususunda bkz. LINDSAY-JOHNSON, s.93.

142 THEUNE, s.123.

143 AMADOA Bárbara G./ARCEA Ramón/FARİÑAB Francisca, **Undeutsch Hypothesis and Criteria Based Content Analysis: A Meta-analytic Review**, The European Journal of Psychology Applied to Legal Context 7 (2015) 3-12, s.4; VOLBERT-STELLER, Is This Testimony Truthful, s.209.

144 LINDSAY/JOHNSON, s.94.

145 STELLER Max, **Glaubhaftigkeitsbegutachtung**, in: Handbuch der Rechtspsychologie (Hrsg. von Renate Volbert und Max Steller), Hogrefe Verlag, Göttingen, 2008, s.302.

kriterler üzerinden test edilerek doğrulanmasını öngören *Undeutsch hipotezi*, bu iki esastan hareket etmektedir[146].

Bu doğrulama sırasında kullanılan kriterlerden biri, "*tanığın şahsi yetkinliği"*dir[147]. Yetkinlik kriterine ilişkin değerlendirmede, genellikle iki husus dikkate alınır:

Bunlardan *ilki*, tanığın entelektüel durumu ve dil bilgisi hakimiyetidir. Tanığın bu hususta yetkinlik durumu ile ifadesindeki anlatımın niteliği birbiriyle uyuşmalıdır[148]. Örneğin, ebeveynlerinden biri tarafından istismar edildiği suçlamasıyla yapılan yargılamada, ilkokula yeni başlamış olan çocuğun anlatımlarında tarih saat ve haftanın belli bir gününü zikrederek konuşuyor olması *(8 Haziran 1997, Salı günü, öğleden sonra saat onbeş sularında vb.)* veya istismara uğradığı sırada diğer ebeveynin, "*Yatak odasında, eleştirel bir karikatür dergisi olan Penguen okuduğu için istismarı fark etmediğine"* ilişkin bir beyanda bulunması, bu türden bir uyuşmanın olmadığına işaret edebilir.

Yetkinlik kriteri açısından dikkate alınacak *ikinci husus*, tanığın eğitim düzeyi ve bilgi durumudur. Şayet tanığın anlatımlarının konusu, eğitimi ve bilgi düzeyi ile örtüşmüyorsa, beyanın doğruluğuna şüpheyle yaklaşmak gerekir[149].

Beyanın niteliğine ilişkin inceleme kapsamında dikkate alınan kriterlerden bir diğeri, *beyanın istikrarıdır*. Tanık, yargılama safahatında farklı zamanlarda ve farklı aşamalarda (soruşturma/kovuşturma) alınan beyanlarında, istikrarlı bir biçimde benzer anlatımlar ortaya koymalıdır. Beyanlar arasında temel noktalarda uyuşma bulunmaması, detaylarda çelişki olması, eklemeler yapılması, beyanın sıhhatini tartışmalı hale getirebilir[150].

Beyanın istikrarı konusunda dikkat edilmesi gereken, tekrarlanan ifadeler sırasında tanığa yöneltilen soruların, zaman içerisinde bir beklentiye dayalı olarak şekillenmemesidir. Diğer bir deyişle ifadenin tekrarlanması, tanığın belli bir doğrultuda beyanda bulunmasını sağlamak amacıyla yapılmamalıdır[151].

---

146 STELLER, Glaubhaftigkeitsbegutachtung, s.302.

147 VOLBERT/STELLER, Is This Testimony Truthful, s.208.

148 BENDER/NACK/TREUER, kn.290.

149 BENDER/NACK/TREUER, kn.291.

150 STELLER, Glaubhaftigkeitsbegutachtung, s.304.

151 VOLBERT/STELLER, Is This Testimony Truthful, s.208.

Bunun dışında tanığın yaşı, mesleği gibi özellikleri, ortaya koyduğu beyanın niteliğine uygun olmalıdır[152].

bb. Kritere Dayalı İçerik Analizi (Steller&Köhnken)

Tanık beyanının gerçeğe uygunluğunu içerik olarak denetleyen ve bunun için belli kriterlerden hareket eden Undeutsch hipotezi, kritere dayalı içerik analizi *(=Criteria Based Content Analysis)* başlığı altında *Steller&Köhnken* tarafından geliştirilmiştir[153]. Undeutsch hipotezi kapsamında ortaya konulan içerik denetimine ilişkin temalar, belli kategoriler haline getirilmiş ve kriterlerin sistematikleştirilmesi sağlanmıştır[154].

Kritere dayalı içerik analizi, Undeutsch hipotezi gibi esasen iki temel kabule dayalıdır:

Bunlardan *birincisi*, yalan tanığın, ifadelerini, anlatıma konu olay kategorisi (cinsel saldırı, yaralama, hırsızlık vb.) için tipik olan, her vakıada sıklıkla karşılaşılan genel özellikleri içeren bilişsel senaryolardan/kurgulardan oluşturmak durumunda olduğudur[155]. Buna karşılık, gerçek bir vakıaya dayanarak oluşturduğu algıyı hatırladığı şekilde anlatan tanık, olaya özgü otobiyografik temsiller kullanarak her biri bir bütünün parçası olan vakıaları aktarır. Dolayısıyla, gerçeğe uygun beyanda bulunan bir tanığın anlatımı, epizodik (deneyime dayalı) bir karaktere sahip olup zaman-mekan uyumu barındıran ve doğrulanabilir olaylar hakkında bilgiler içerir. Deneyime bağlı olarak bellekte depolanan bu bilgiler; görme, işitme, koku alma, dokunma duyularıyla oluşturulan algılara dayalı olabilir[156]. Bu bağlamda, deneyime dayalı beyanların kurgusal olanlara nazaran daha fazla duyusal ve bağlamsal bilgi içerdiği ve daha fazla ayrıntıya sahip olduğu söylenebilir[157].

Kritere dayalı içerik analizinin esas aldığı *ikinci kabul*, yalan tanığın, beyanı değerlendirecek olan kişide güven oluşturmak için daha fazla çaba harcadığı, buna karşılık gerçekten müşahede ettiklerini aktaran tanığın böyle bir kaygı taşımadığıdır[158]. İkinci tür tanık, olay örgüsü itibarıyla bir şablona bağlı kalındığı izlenimini veren beyanlarda bulunmaz; anlatımlarında, farklı

---

[152] STELLER, Glaubhaftigkeitsbegutachtung, s.303.

[153] NIEHAUS Susanna, **Merkmalsorientierte Inhaltsanalyse**, in: Handbuch der Rechtspsychologie (Hrsg. von Renate Volbert und Max Steller), Hogrefe Verlag, Göttingen, 2008, s.311.

[154] AMADOA/ARCEA/FARİÑAB, s.4.

[155] NIEHAUS, s.311.

[156] VOLBERT/STELLER, Is This Testimony Truthful, s.209.

[157] VOLBERT/STELLER, Is This Testimony Truthful, s.209.

[158] NIEHAUS, s.312.

duyulara hitap eden birden fazla uyarandan gelen ve birbiriyle ilgisi olmayan algılara ilişkin detaylar da bulunur[159]. Buna karşılık yalan tanık, tam bir bütünlük içerisinde, yapay, kendisine kusur atfedilebilecek detaylardan uzak bir anlatım tarzı ortaya koyar[160].

Kritere dayalı içerik analizi; *görüşme*, *içerik analizi* ve *kontrol listesine göre sonuçların değerlendirilmesi* şeklinde üç aşamadan oluşur. Görüşme, standart veya sorgulayıcı görüşme formatından farklı olarak, kriterlerin uygulanmasını kolaylaştırıcı bir tekniğe dayalı olup bunu sağlayacak tarzda çok sayıda bilginin ortaya çıkarılması amacını taşır[161].

Bu analiz, beyanın beş ana kategori altında toplanmış 19 kritere dayalı olarak değerlendirilmesine olanak tanır[162]:

(i) Beyanın Genel Özellikleri: 1. Mantıksal yapı, 2. Sıralanmamış düzensiz tasvir (tanık, olayın gelişiminde, soru üzerine yahut kendiliğinden ileriye veya geriye doğru başka bir bölüme atlayarak anlatım yaparken olay bütünlüğü bozulmamalıdır -kurgu kontrolü açısından-), 3. Ayrıntıların miktarı,

(ii) Özel içerikler: 4. Bağlamsal (zaman-mekan) yerleştirme, 5. Etkileşimlerin (tanığın bir başkasıyla kurduğu iletişimin) tasviri, 6. Konuşmanın yeniden üretilmesi, 7. Olayın akışındaki -varsa- komplikasyonların tasviri,

(iii) İçeriksel Özellikler: 8. Olağandışı ayrıntıların tasviri (iç çamaşırını çıkaramayan failin bıçakla kesmek isterken kendisini yaralaması), 9. Gereksiz ayrıntıların tasviri, 10. Anlaşılmayan unsurların fenomene dayalı tasviri (çocuğun, boyacı olan faili, saçında, yüzünde ve giysisindeki boya kalıntılarından dolayı orman canavarı olarak tarif etmesi), 11. Olayla dolaylı bağlantısı bulunan -yan- unsurların tasviri, 12. Tanığın öznel psikolojik durumunun tasviri (soğukkanlı kalmaya çalışıp failin yüzünü tanımlamaya çalışma), 13. Failin psikolojik durumunun tasviri (heyecan, öfke vb.),

---

159 Gerçeğin izlenmesi metodu kapsamında benzer görüş için bkz. LINDSAY/JOHNSON, s.93, 94.

160 VOLBERT/STELLER, Is This Testimony Truthful, s.209.

161 AMADOA/ARCEA/FARİÑAB, s.4.

162 VOLBERT/STELLER, Is This Testimony Truthful, s.208; VOLBERT/STELLER, Glaubhaftigkeit, s.394.

(iv) Motivasyonla İlgili İçerikler: 14. Kendi beyanına ilişkin spontan düzeltmeler, 15. Hafıza eksikliğini kabul etmek, 16. Kişinin kendi ifadesi hakkında şüphe uyandırması, 17. Kendini küçümseme, 18. Faili aklama,

(v) Tanık Olunan Suça Özgü İçerikler: 19. Suç olayına ilişkin karakteristik detayların tasviri.

cc. Null *(Sıfır)* Hipotezi

Null hipotezine göre, tanık beyanı değerlendirilmeye başlanırken, herhangi bir ön kabul yahut ön yargıya sahip olunmamalıdır. Bu çerçevede ilk aşamada, beyanın yanlış olduğu varsayımından hareket edilebilir. Bu varsayımı test etmek için ise, başkaca alt hipotezler kullanılır. Şayet alt hipotezlerle beyanın doğruluğu sağlanamıyorsa, null hipotezinin çürütülemediği kabul edilmeli ve beyana itibar edilmemelidir[163].

VI. TANIK BEYANININ TAKDİRİNDE ADLİ PSİKOLOJİ BİLGİSİNİN KULLANILMASI

CMK m.217'de açıkça belirtildiği üzere, yargılama safahatında ortaya konulan deliller, huzura getirilip tartışılmış olmak kaydıyla hakimin vicdani kanaatine göre serbestçe takdir edilir (m.217/1). Tanık beyanı da dahil olmak üzere, tüm delillerin ispat kuvvetine, hangi delilin karara gerekçe oluşturabileceğine ilişkin değerlendirme yetkisi, hakime aittir[164]. Bu yetki, ceza yargılamasının gerçeği araştırma amacına hizmet eder[165].

Delillerin serbestçe değerlendirilmesi yetkisi sınırsız olmayıp hakim, mantık kurallarını, ortaya konulan delilin, yargılama konusu olayın gelişimiyle uyumunu dikkate almalı ve bilimsel yöntemlerden de istifade etmelidir[166]. Bu yönüyle, yukarıda açıklanan ve tanık beyanının analizinde kullanılan bilimsel yaklaşımların hakim tarafından dikkate alınması gerektiği söy-

---

163 WOLF, s.137.

164 LÖHR Holle Eva, **Der Grundsatz der Unmittelbarkeit im deutschen Strafprozeßrecht**, Duncker Humblot, Berlin, 1972, s.73. Yargıtay Ceza Genel Kurulu da İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararlarına atıfta bulunarak (Garcia Ruiz/İspanya, B. No: 30544/96, 21/1/1996, § 28), temel hak ve özgürlüklerin ihlâli sonucunu doğuracak derecede ve keyfî olmadıkça belirli bir kanıt türünün (tanık beyanı, bilirkişi raporu veya uzman mütalaası) kabul edilebilir olup olmadığına, değerlendirme şekline karar vermenin ilk derece mahkemelerinin görevi olduğunu vurgulamıştır. Y. CGK., 14.5.2020, 2018/18-134 E., 2020/201 K., www.kazanci.com (erişim: 19.8.2020).

165 LÖHR, s.74 vd.

166 ÜNVER/HAKERİ, s.595.

lenebilir[167]. Bu yöntemlerin kullanılması, hakimin tanık beyanını takdir yetkisini sınırlamaz; bilakis bu yetkinin amaca uygun şekilde kullanılmasına, diğer bir deyişle yönlendirilmesine hizmet eder. Hakim, tartışılması gereken hiçbir olasılığı değerlendirme dışı bırakmamalı, adli psikolojinin ortaya koyduğu verileri kullanmalıdır[168].

Bu kapsamda, öncelikle huzurda alınan ifadesi sırasında, tanığın beden dili dikkate alınarak psiko-fiziksel bir analiz yapılması mümkündür. Hakim, tanığın bildiklerini anlattığı esnada, onun vücut hareketlerini takip edebilir. Örneğin; konuşma hızı, seste titreme olup olmadığı, terleme, aynı sözlerin tekrar edilmesi gibi fiziksel durumlar gözlemlenebilir.

Tanık beyanı ortaya konulduktan sonra ise hakim tarafından bizzat veya çelişmeli muhakemenin diğer süjelere sağladığı soru sorma hakkının kullanılması kapsamında yöneltilen sorulara verilen cevaplar, içerik analizinin öngördüğü şekliyle değerlendirmeye tabi tutulabilir. Söz gelimi bir tanığın, soruşturma aşamasında, *"Olay yerine geldiğinde mala zarar verme suçunun işlenip bitmiş"* olduğunu, kovuşturmada ise, *"Sanığı ve kardeşini taş atarken gördüğünü"* söylemesi durumunda, mantıksal yapı ve zaman-mekan yönünden bağlam bütünlüğü hususlarında, beyanında çelişkiler bulunduğu dikkate alınmalıdır.

Bunun dışında, tanığın aşamalarda olayın gelişimine ilişkin farklı anlatımlarda bulunup bulunmadığı da değerlendirilmeli, bir çelişki varsa CMK m.212/2 çerçevesinde giderilmesine çalışılmalı ve beyanın içeriği hakim tarafından denetlenmelidir. Yargıtay, konuyla ilgili bir kararında[169]; *"... tanık Nilay'ın soruşturma aşamasında alınan beyanında sanığın evinin içerisinden müştekilere hitaben bahse konu sözleri söylediğini ve sesinin apartmana yayıldığını kendisinin de bu sözleri dairesinin kapısından dinlediğini beyan ettiği kovuşturma aşamasındaki beyanında ise sanığın penceresini açıp görevli polislere hakaret ettiğini söylemesi ve mahkemenin tanığın kovuşturma aşamasındaki beyanına dayanarak aleniyetin gerçekleştiğinin kabulü karşısında, tanığın beyanları arasındaki çelişki giderilmeden..."* diyerek bu hususa işaret etmiştir.

---

[167] BENDER/NACK/TREUER, kn.293.

[168] BENDER/NACK/TREUER, kn.293.

[169] Y. 18. CD., 4.11.2019, 2018/3687 E., 2019/15393 K., www.kazanci.com (erişim: 28.8.2020).

Birden fazla tanığın beyanı arasında çelişki bulunabilir. Örneğin, tanıklar A, B ve C'nin, soruşturma aşamasındaki ifadelerinde, sanığın katılanı tehdit ettiğini söylememeleri, ancak tanık C'nin, mahkemede, sanığın katılanı tehdit ettiğini beyan etmesi, yine tanık D'nin, soruşturma aşamasında, sanığın katılanı tehdit ettiğini beyan etmesine rağmen, mahkemede tehdit sözünü duymadığını söylemesi durumunda, tanık beyanları arasında çelişki bulunduğu kabul edilip bu çelişkinin, tanıklara soru yöneltilerek giderilmesi, bu mümkün olmuyorsa, diğer delillerle birlikte beyanların değerlendirilmesi, hangi anlatıma hangi gerekçeyle üstünlük tanındığının açıklanması gerekir[170].

Tanıkların beyanları arasında çelişki bulunması halinde, kovuşturma aşamasında yüzleştirme yapılarak (CMK m.52/2) birbirinden farklı beyanda bulunan tanıkların karşılıklı beyanda bulunurken ortaya koydukları anlatımlar, içerik analizine ilişkin kriterler yönünden değerlendirilebilir. Bu çerçevede tanıkların olaydaki konumları, hangi duyu organları aracılığıyla algı oluşturdukları gibi fiziksel ve bilişsel faktörlerin dikkate alınması son derece önemlidir. Nitekim tanıkların beyanları arasındaki farklılık, söz gelimi farklı görüş açıları veya birinin olayı görmesi, diğerinin duyması gibi olayı farklı deneyimleme biçimlerinden kaynaklanıyor olabilir.

Tanık beyanlarının, yargılama safahatında toplanan diğer delillerle uyumlu olup olmadığı da dikkate alınmalıdır. Örneğin, tarihi eser bulundurma isnadıyla (2863 sayılı Kanun m.73) yürütülen yargılamada tanıklar, tarihi eser niteliğindeki eşyaların, tarla sürülürken aynı gün içinde tesadüfen elde edildiğini beyan etmiş olabilir. Burada, öncelikle tanıkların bu bilgiye nasıl sahip oldukları, tanıklıklarının ikincil (duyumsal) nitelikte olup olmadığı tespit edilmelidir. Bu tespitten sonra, çoğu camdan yapılmış farklı cins ve nitelikteki çok sayıda eserin bir günde ve aynı anda tarla sürülürken bulunmasının hayatın olağan akışına uygun düşüp düşmediği, ele geçen eserlerin

---

[170] Y. 4. CD., 3.7.2019, 2017/18631 E., 2019/12407 K. www.kazanci.com (erişim: 28.8.2020); *"Tartışmalı konu 10.07.2007 günü öğle vakti, bıçak tehdidi ile sanığın zorla para almaya kalkışıp kalkışmadığı noktasında toplanmaktadır; sanık savunması yakınan K.. T.. ve küçük çocukları Zeynep ve Tarık S. ile tanık İ.. C..'un aşamalarda değişerek gelişen birbiri ile çelişen ve örtüşmeyen anlatımları ve savunma dikkate alındığında, öncelikle yakınan ve yakınan eşi İsa'nın beyanında geçen İ.. T..'nun yeğeninin adı ve açık kimliği belirlenip olay hakkında bilgisi; sanığın savunmasında adı geçen Hilmi Öztürk'ünde olay hakkındaki bilgisi ile savunma doğrultusunda beyanı alınıp, delillerin bir bütün halinde takdiri gerektiği gözetilmeden eksik inceleme ile yetinilmesi..."* Y. 6. CD., 30.9.2015, 2012/27651 E., 2015/43829 K., www.kazanci.com (erişim: 28.8.2020).

nitelik ve sayıları itibariyle uzun bir sürede değişik şekillerde temin edilerek bir araya getirilip getirilmedikleri değerlendirilmelidir[171].

CMK'da, tanık beyanının takdirinde bilimsel yöntemlerin kullanılmasını kolaylaştıracak düzenlemelere yer verildiği söylenebilir. Nitekim CMK m.52'ye göre, tanıklar, birbirlerinin beyanlarından etkilenmemeleri ve anlatımlarının münhasıran değerlendirilebilmesi amacıyla duruşma salonuna tek tek alınır (m.52/1). Bir tanık dinlendikten sonra, mahkeme başkanının veya duruşma hakiminin açık izni olmadıkça duruşma salonundan ayrılamaz (m.53/1-d). Bu düzenlemeler, beyanın, yargılamayı yürüten mahkemece dış etkilerden mümkün olduğunca arındırılarak alınması ve bu çerçevede değerlendirilmesine imkan tanır.

CMK m.210'da, *"Olayın delili, bir tanığın açıklamalarından ibaret ise, bu tanık duruşmada mutlaka dinlenir. Daha önce yapılan dinleme sırasında düzenlenmiş tutanağın veya yazılı bir açıklamanın okunması dinleme yerine geçemez. Tanıklıktan çekinebilecek olan kişi, duruşmada tanıklıktan çekindiğinde, önceki ifadesine ilişkin tutanak okunamaz"* şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir. Tanık beyanının bilimsel veriler ışığında değerlendirilmesi, özellikle bu hallerde verilecek kararın adil olması açısından son derece önemlidir[172].

VII. SONUÇ

Sosyal bir varlık olan insan suç işlerken, çoğunlukla bir başkası buna tanıklık eder. Tanık, beş duyu organıyla deneyimlediğini aktaran kişidir. Ceza muhakemesinde, geçmişte yaşanmış bir suç olayına ilişkin olarak yetkili makamlar önünde bilgi ve izlenimlerini aktaran tanığın beyanı, delil olarak kabul edilir. Bu delil türü, ceza muhakemesinde sıkça kullanılır. Bunun nedenlerinden biri, belirti delillerin toplanması ve bir araya getirilerek bunlardan anlamlı bir bütün oluşturulmasındaki zorluktur. Buna karşılık tanık beyanı, kolay elde edilebilir. Belirti delillerin aksine, olayı çok yönlü aktarabilmesi de tanık beyanının hemen her yargılamada kullanılmasının bir

---

[171] Y. 11. CD.'nin, 9.3.2004, 2003/334 E., 2004/1682 K. sayılı ilamına konu olaydan uyarlanmıştır. Karar için bkz. www.kazanci.com (erişim: 30.8.2020).

[172] Amerika Birleşik Devletleri'nde, sadece tanık beyanı dikkate alınarak verilen mahkumiyet kararları sonrasında yapılan DNA analizleri sonucunda, mahkum olanların ortalama %75 kadarının masum olduğu ortaya çıkmıştır (MEINTJES-VAN DER WALT L. L., Judicial **Understanding of the Reliability of Eyewitness Evidence: Tale of Two Cases**, Potchefstroom Electronic Law Journal, 2016, 1-32, www.heinonline.com, erişim: 02.05.2020).

diğer nedenidir. Tanık beyanı, sık müracaat edilen bir delil olmakla birlikte, tanığın anlatımının gerçeğe uygunluğu oldukça tartışmalıdır.

CMK'da yer verilen tanıklığa ilişkin düzenlemeler, tanığın kasten gerçeğe aykırı beyanda bulunmasının önüne geçecek tarzda formüle edilmiştir. Örneğin, aralarında belli derece akrabalık bulunan kişilerin özellikle birbirleri lehine yalan beyanda bulunabilecekleri dikkate alınarak Kanunda, kişisel nedenlerle tanıklıktan çekinme hakkına yer verilmiştir (m.45). Çekinme hakkına sahip olmayan tanıklar, beyanda bulunmakla yükümlüdürler (m.60/1). Bunun için tanığın, Cumhuriyet Savcısı veya hakim/mahkeme huzurunda dinlenmek üzere çağrılması gerekir (m.43). Çağrıya uymayan tanıklar zorla getirilir (m.44).

CMK'nın, tanığa, çağrıldığında gelme ve beyanda bulunma yükümü yükleyen ve doğru beyanda bulunmasını temin etmeye yönelik yukarıda zikredilen düzenlemelerine karşılık, tanığın doğruyu söyleme ödevi, TCK m.272'de düzenlenen yalan tanıklık suçundan kaynaklanmaktadır. Bu hükümle doğru söylemeyen tanık, bazı istisnalar dışında ceza tehdidi ile doğruyu söylemeye zorlanmış olur. Bu çerçevede, adli psikoloji açısından konuya yaklaşıldığında iki ihtimalle karşılaşılabilir. Bunlardan *birincisi*, tanığın, beyanının adli makamlarca inandırıcı bulunmayacağını düşünmesidir. *İkinci ihtimal* ise, beyanın yetkili makamlar tarafından gerçekten inandırıcı bulunmamasıdır. Her iki ihtimalde de tanık, TCK m.272 uyarınca ceza tehdidi ile karşı karşıya kalabilir. Bu takdirde, CMK m.48'de yer verilen *"Tanık, kendisini veya 45 inci maddenin birinci fıkrasında gösterilen kişileri ceza kovuşturmasına uğratabilecek nitelikte olan sorulara cevap vermekten çekinebilir"* hükmünün uygulanıp uygulanmayacağı sorusu gündeme gelir. Baskın görüşe göre, CMK m.48'de düzenlenen durum, tanıklık aşamasından önce işlenen bir suçla ilgilidir. Dolayısıyla, tanığın yalan söylemekten imtina etmek için bu hükme göre cevap vermekten çekinmesi söz konusu olamaz. Ancak kanımca bu hüküm, tanığın şahsi durumunun ceza kovuşturmasıyla kötüleştirilmemesine hizmet ettiğinden, tanığın beyanda bulunmaktan imtina etmesine imkan tanır.

Tanık beyanı, algılama, hatırlama ve aktarma şeklinde üç aşamadan oluşan bilişsel sürecin ürünüdür. Bu aşamalarda, bazı nedenlerle tanığın beyanı gerçekle uyuşmayabilir. Bunlar, hatalı veya bilinçsiz gerçeğe aykırılık halleri olarak nitelendirilebilir. Buna karşılık tanığın, çeşitli motivasyonlarla kasten gerçeğe aykırı beyanda bulunması, yani yalan söylemesi de mümkündür.

Belirtmek gerekir ki uygulamada daha çok karşılaşılan, tanığın hatalı olarak veya bilinçsiz şekilde gerçeğe aykırı beyanda bulunmasıdır. Diğer bir ifadeyle yalan tanıklık, beyanın sıhhatine etki eden haller içerisinde istisnaidir.

Hataya dayalı veya bilinçsiz gerçeğe aykırı beyanın tespiti oldukça zordur. Bununla birlikte CMK'da, tanık beyanının alınmasına ilişkin tespit edilen kurallara riayet edilmesinin, bilişsel nedenlerle ortaya çıkabilecek bu tür yanlış beyanların önüne geçilmesine hizmet edeceği söylenebilir. Bu kapsamda, tanıkların içeriye tek tek alınması ve tüm tanıklar beyanda bulunana kadar duruşma salonunda ayrılmalarına müsaade edilmemesi; gerektiğinde, tanığın beyanının teknolojik imkanlarla alınarak duruşma salonuna aktarılması; tanık dinlenirken sözünün kesilmemesi; yargılama aşamasında çelişmeli muhakeme esaslarına uyulması ve bu çerçevede, tanığa doğrudan veya hakim/başkan aracılığıyla soru yöneltme hakkına sahip olanların bu hakkı kullanmalarının sağlanması; tanığa yöneltilen soruların ve cevaplarının denetime açık olacak şekilde duruşma tutanağına geçirilmesi; ifade alınırken, tanığa açıklayıcı sorular yöneltilmesi ve bu soruların doğru formüle edilmesi; kullanılan dilin, tanığın kişisel özelliklerine uygun olarak basitleştirilmesi, önem arz etmektedir. Bunun dışında, yargılamayı yürüten mahkemece, tanığın yargılama safahatındaki beyanları, diğer süjelerin beyanları, ortak tecrübe kuralları, belirti delillerin durumu dikkate alınıp dosya kül halinde değerlendirilerek sonuca ulaşılması da tanığın yanlış beyanının tespit edilip düzeltilmesine imkan tanıyabilir.

Tanığın yalan söylemesi durumunda ise, bunun tespitine yönelik bazı bilimsel yöntemlerden hareket edilmesi mümkündür. Bu kapsamda özellikle, beyan psikolojisi nazarında ortaya konulan içerik analizinin kullanılması gerekebilir. Uygulamamızda, adli psikologlar tarafından bir asırdan fazla süredir yapılan çalışmalarla ortaya konulmuş verilerden faydalanıldığına pek rastlanmaz. Başka bir söyleyişle, CMK'da öngörülen ve tanığın ifadesi sırasında bir psikoloğun hazır bulundurulmasını öngören "koruyucu" düzenlemelerin tatbiki dışında, tanık beyanının sıhhatini temin etmeye ve bunu denetlemeye yönelik olarak adli psikolog bilirkişilerin muhakemeye katılmasına yönelik bir uygulama gelişmemiştir. Halbuki tanık beyanının yargılama sonucunda verilecek karara etki edebileceği düşünüldüğünde, bilimsel verilerden faydalanılmasının önemi daha net ortaya çıkmaktadır.

Netice itibarıyla, psikoloji biliminin hukuki uyuşmazlıkların çözümünde kullanılmasının sağlanması adına, özellikle mağdur sıfatı taşımayan çocuk tanıkların beyanları, akıl hastalığı veya madde bağımlısı olan veyahut da ileri yaştaki kişilerin tanıklığı gibi hallerde, tanık beyanının sıhhatinin adli psikolog bilirkişiler aracılığıyla değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmek gerekir.

KAYNAKÇA

AMADOA Bárbara G./ARCEA Ramón/FARİÑAB Francisca, **Undeutsch Hypothesis and Criteria Based Content Analysis: A Meta-analytic Review**, The European Journal of Psychology Applied to Legal Context 7 (2015) (s.3-12).

AYDIN Devrim, **Ceza Muhakemesinde Deliller**, Yetkin, Ankara, 2014.

BEERNTSEN Penny, **Transcript of Penny Beerntsen's Speech at Reforming Eyewitness Identification Symposium**, Cardozo Public Law, Policy, and Ethics Journal, Issue 2, April 2006 (s.239-250).

BENDER Rolf/NACK Armin/TREUER Wolf-Dieter, **Tatsachenfeststellung vor Gericht**, 4. Auflage, C.H. Beck, München, 2014.

BEULKE Werner, **Strafprozessrecht**, 11. Auflage, C.F. Müller, München, 2010.

BLIESENER Thomas/LÖSEL Friedrich, **Entwicklung und Gegenstand der Rechtspsychologie**, in: Bliesener/Lösel/Köhnken, Lehrbuch Rechtspsychologie, Verlag Hans Huber, Bern, 2014.

BRACKMANN Nathalie/HABERMEYER Elmar, **Interkultureller Vergleich kindlicher Zeugen/Opferbefragungen: "Was wir von anderen Ländern lernen können"**, Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie, Volume 13, 2019 (s.143-150).

BRAUSE Hans Peter, **Zum Zeugenbeweis in der Rechtsprechung des BGH**, NStZ 2007 (s.505-512).

CANPOLAT Can, **Ceza Muhakemesi Hukukunun Amacı: "Objektif gerçeğin keşfi mi? Yargısal (kazai) bir gerçeklik inşa etmek mi?"**, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XV, S. 2 (s.451-500)

CENTEL Nur/ZAFER Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 14. Baskı, Beta, İstanbul, 2017.

DETTER Klaus, **Der Zeuge vom Hörensagen - eine Bestandsaufnahme**, NStZ 2003, (s.1-9).

EISENBERG Ulrich, **Beweisrecht der StPO**, 10., vollständig überarbeitete und teilweise erweiterte Auflage, C.H. Beck, München, 2017.

ENGLICH, Birte, **Urteilseinflüsse vor Gericht**, in: Handbuch der Rechtspsychologie (Hrsg. von Renate Volbert und Max Steller), Hogrefe Verlag, Göttingen 2008 (s.486-496).

FEYZİOĞLU Metin, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık**, US-A Yayıncılık, Ankara, 1996.

GARDNER Dillard S., **Perception and Memory of Witnesses**, Cornell Law Quarterly, Vol. 18, No. 3 (1932-1933) (s.391-409).

GÖKTÜRK Neslihan, **Yalan Tanıklık Suçu (TCK m.272)**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XX, Y. 2016, S.1 (s.347-409).

GÜNGÖR Devrim, **Ceza Muhakemesinde Tanık Beyanının Delil Değeri Üzerine Bazı Tespit ve Değerlendirmeler**, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.6, S.2, 2015, (s.307-318).

HEGER Martin, **Strafprozessrecht**, W. Kohlhammer, 2013.

HOHLWECK Martin, **Die Beweiswürdigung: Beurteilung von Zeugenaussagen**, JuS 2002.

HOMMERS Wilfried, **Zum Gegenstand der Rechtspsychologie**, in: Perspektiven der Rechtspsychologie/ Hrsg. von W. Hommers, Göttingen, 1991 (s.1-12).

IŞIKTAÇ Yasemin, **Adalet Psikolojisi**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2013.

İNCİ Zekiye Özen, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Teşhis**, TBB Dergisi, S.85, 2009 (s.105-136).

JANSEN Gabriele, **Zeuge und Aussagepsychologie**, 2. Auflage, C.F. Müller, Heidelberg, 2012.

KEHR Martin, **Dilemma des Zeugen bei wahrer, aber unglaubhafter Aussage**, NStZ 1997 (s.160-166).

KINDHÄUSER Urs, **Strafprozessrecht**, 3. Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2013.

KOCA Mahmut, **"Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller"**, CHD., Y.1, S.2, Aralık 2006 (s.207-225).

KRAMER Bernhard, **Grundbegriffe des Strafverfahrensrechts**, 5. Aufl., Stuttgart, 2002.

KUDLICH Hans, **Einleitung**, in: MüKoStPO, 1. Auflage, München, 2014.

KÜHNE Hans Heiner, **Der Beweiswert von Zeugenaussagen**, NStZ 1985, (s.252-261).

KÜHNE Hans Heiner, **Strafprozessrecht**, 9. völlig neue bearbeitete und erweiterte Auflage, Heidelberg, 2015.

LINDSAY D. Stephen/JOHNSON Marcia K., **Reality Monitoring and Suggestibility: Children's Ability to Discriminate Among Memories From Different Sources**, in: Children's Eye Witness Memory, Edited by Stephen J. Ceci, Michael P Toglia, David F. Ross, Springer, New York, 1987.

LOFTUS Elizabeth F., **Eyewitness Testimony and Event Perception**, University of Bridgeport Law Review, Vol.8, No.1, 1987 (s.7-14).

LOFTUS Elizabeth, **Eyewitness Testimony**, Harvard University Press, 1979.

LÖHR Holle Eva, **Der Grundsatz der Unmittelbarkeit im deutschen Strafprozeßrecht**, Duncker Humblot, Berlin, 1972.

MAIER Stefan, **StPO §58 [Vernehmung; Gegenüberstellung],** in: Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, C.H. Beck, München, 2014.

MEINTJES-VAN DER WALT L. L**., Judicial Understanding of the Reliability of Eyewitness Evidence: Tale of Two Case**s, Potchefstroom Electronic Law Journal, 2016, s.1-32 (www.heinonline.com, erişim: 02.05.2020).

MÜNSTERBERG Hugo, **On The Witness Stand -Essay on The Psychology and Crime**, New York, 1908 (https://archive.org).

MYKLEBUST Trond, **The Nordic Model of Handling Children's Testimonies**, in: Collaborating Against Child Abuse -Exploring the Nordic Barnahus Model-, Palgrave MacMillan, Switzerland, 2017 (s.97-119).

NESTLER Nina, **"Wer einmal lügt, dem glaubt man nicht" - Falschaussage, Glaubhaftigkeit, Lügendetektor**, JA 2017 (s.10-16).

NIEHAUS Susanna, **Merkmalsorientierte Inhaltsanalyse**, in: Handbuch der Rechtspsychologie (Hrsg. von Renate Volbert und Max Steller), Hogrefe Verlag, Göttingen, 2008 (s.311-321).

ODENTHAL Hans Jörg, **Die Gegenüberstellung zum Zwecke des Wiedererkennens**, NStZ 1985 (s.433-438).

ORTEGA Francisco, **Eyewitness Reliability: Causation & Preclusion of Erroneous Convictions**, Journal of Law and Border Studies, Y.2003, S.3 (s.33-58).

PETERS Karl, **Untersuchungen zum Fehlurteil im Strafprozess**, Walter de Gruyter, Berlin, 1967.

ROXIN Claus/SCHÜNEMANN Bernd, **Strafverfahrensrecht**, 27. Auflage, C.H. Beck, München, 2012.

SCHOON Wiebke/BRIKEN Peer, **Zur Anwendbarkeit der Glaubhaftigkeitsbegutachtung unter spezifischen Begutachtungsumständen - Eine narrative Übersichtsarbeit**, Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie, Volume 13, 2019, (s.125-135).

SKEEN A. A., **Eyewitness Evidence and Psychology**, South African Law Journal, 104(2), 1987 (s.297-306).

SOKULLU-AKINCI Füsun, **Polis -Toplumsal Bir Kurum Olarak Gelişmesi, Polis Alt-Kültürü ve İnsan Hakları-**, Gümüş Basımevi, İstanbul, 1990.

SPORER Siegfrid Ludwig, **Personenidentifizierung**, in: Handbuch der Rechtspsychologie (Hrsg. von Renate Volbert und Max Steller), Hogrefe Verlag, Göttingen, 2008 (s.387-398).

SPORER Siegfried Ludwig/SAUERLAND Melanie/KOCAB Kerstin, **Personenidentifizierung (Kapitel 9)**, in: Bliesener/Lösel/Köhnken, Lehrbuch Rechtspsychologie, Verlag Hans Huber, Bern, 2014 (s.156-183).

STELLER Max, **Gegenstandsbereiche und Methodik der psychologischen Begutachtung**, in: Handbuch der Forensischen Psychiatrie Band 2, Psychopathologische Grundlagen und Praxis der Forensischen Psychiatrie im Strafrecht (Hrsg. von KRÖBER, Hans Ludwig- LEYGRAF, Norbert-DÖLLING, Dieter-SASS, Henning), Springer, Berlin, 2010 (s.85-212).

STELLER Max, **Glaubhaftigkeitsbegutachtung**, in: Handbuch der Rechtspsychologie (Hrsg. von Renate Volbert und Max Steller), Hogrefe Verlag, Göttingen, 2008 (s.300-310).

THEUNE Lucas, **Polizeibeamte als Berufszeugen in Strafverfahren**, Nomos, Berlin, 2019.

ÜNVER Yener/HAKERİ Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 16. Baskı, Adalet, Ankara, 2019.

ÜNVER Yener, **"Ceza Muhakemesinde İspat, CMK ve Uygulamamız"**, CHD., Y.1, S.2, Aralık 2006 (s.103-205).

v. GOETHE Johann Wolfgang, **Maximen und Reflexionen**, Verlag der Goethe Gesellschaft, Weimar, 1907, -Aus dem Nachlass (Über Natur und Naturwissenschaft).

VARGA VON KIBÉD Alexander, **Philosophische Wahrheit und christliche Wahrheit**, Evangelische Theologie, Volume 17, Gütersloher Verlagshaus, Gütersloh, 1957 (s. 266-272).

VENTER A. /LOUW D. /VERSCHOOR T., **Perception and memory: Implications for Eyewitness Testimony**, South African Journal of Criminal Justice, 16(2) 2003 (s.137-162).

VOLBERT Renate/STELLER Max, **Is This Testimony Truthful, Fabricated, or Based on False Memory?-Credibility Assessment 25 Years After Steller and Köhnken (1989)-**, European Psychologist, Vol. 19 (3), 2014 (s.207-220).

VOLBERT Renate/STELLER Max, **Kapitel 21: Glaubhaftigkeit**, in: Bliesener/Lösel/Köhnken, Lehrbuch Rechtspsychologie, Verlag Hans Huber, Bern, 2014.

VOLK Klaus/ENGLÄNDER Armin, **Grundkurs StPO**, 8. neu bearbeitete Aufl., München, 2013.

WOLF Thomas, **Scheinerinnerungen und „false memory" - aktuelle rechtliche Fragen an die Aussagepsychologie**, Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie, Volume 13 (2019) (s.136-141).

YENİSEY Feridun/NUHOĞLU Ayşe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 6. Baskı, Seçkin, Ankara, 2018.

YENİSEY Feridun, **"Ceza Muhakemesi Hukukunda (Hukuka Uygun Bir Şekilde Elde Edilmiş) Delil"**, CHD., S.4, Y.: 2, Ağustos 2007 (s.5-60).

ZIPF Heinz, **Strafprozeßrecht**, zweite, neubearbeitete Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, 1977.

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2021; 1: 315-343

LES PRINCIPAUX CRIMES TRANSNATIONAUX: LES TENTATIVES DE DEFINITION ET DE CODIFICATION DANS LE CADRE DU DROIT INTERNATIONAL PENAL(*)(**)

Dr. Öğr. Üyesi **Yeliz KULALI MARTIN**(***)

Résumé: Les crimes internationaux sont codifiés dans le Statut de Rome, le texte fondateur de la Cour Pénale Internationale (CPI), sous quatre catégories: les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité, les crimes contre la paix et le génocide. Ces crimes nommés ainsi comme *le noyau dur des crimes internationaux*, constituent non seulement des menaces contre une société ou un Etat, mais aussi contre toute l'humanité et le système international.

De l'autre côté, depuis les années 2000, il existe un nouveau concept de crime intitulé *le crime transnational*, élaboré notamment dans la terminologie universitaire. Leur codification dans le droit international reste limitée et ils ne sont pas acceptés généralement comme des grands crimes qui influencent tout le système international. Malgré les mesures prises lors de la Conférence à Kampala en 2010, il n'y a eu aucun développement significatif concernant leur définition et leur codification. Aujourd'hui, de nombreux spécialistes proposent des solutions alternatives hors la CPI. Etant donné que le contenu de ces crimes doit être élargi dans le droit international pénal, aucune solution définitive n'a été trouvée depuis vingt ans, aux prémices des débats. Les problèmes de définition et de codification des crimes transnationaux continuent au niveau international.

Mots-clés: Crimes Transnationaux, Le Noyau dur des Crimes Internationaux, CPI, Droit International Pénal, Droit Transnational Pénal.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 19.02.2021. Makale Kabul Tarihi: 30.03.2021.

(**) Bu çalışma Dr. Öğr. Üyesi Yeliz KULALI MARTIN'in 2015 Haziran ayında savunarak Strasbourg Üniversitesi'nden Dr. ünvanı aldığı ve denkliği tanınan "*Le noyau dur des crimes internationaux (core international crimes) commis envers les individus, particulièrement contre les membres des minorités: l'une des variables de l'essor du nouveau système international"* başlıklı doktora tezinden üretilmiştir.

(***) Galatasaray Üniversitesi, Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi (ORCID no: 0000-0003-1548-029X; *ykulali@gsu.edu.tr*).

THE MAIN TRANSNATIONAL CRIMES: ATTEMPTS AT DEFINITION AND CODIFICATION IN THE FRAMEWORK OF INTERNATIONAL CRIMINAL LAW

Abstract: International crimes have been defined in four different categories in the Rome Statute, which is the establishing text of the International Criminal Court (ICC): war crimes, crimes against peace, crimes against humanity and genocide. These crimes called *core international crimes* constitute a menace not only against a specific state or population, but against humanity as a whole and against the international system.

On the other hand, another criminal characteristic beginning to be shaped in 2000's especially in academic communities are *transnational* or *cross-border crimes*. Their definition by the international law is limited for now and they are not considered in general as great crimes in global scale. Despite the steps taken in the conference of Kampala in 2010, there has been no significant development about the definition and the codification of these crimes in the last 10 years. Today, many experts propose alternative solutions except ICC. Consequently, with the scope of these crimes need to be broadened in the international criminal law, no definite solution has been found for twenty years when the debate started. Problems of the definition and the codification of the transnational crimes continue at the international scale.

Keywords: Transnational Crimes, Core International Crimes, ICC, International Criminal Law, Transnational Criminal Law.

BAŞLICA SINIRAŞAN SUÇLAR: ULUSLARARASI CEZA HUKUKU ÇERÇEVESİNDE TANIM VE KODİFİKASYON GİRİŞİMLERİ

Öz: Uluslararası suçlar Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin (UCM) kurucu metni olan Roma Statüsü'nde dört farklı kategoride tanımlanmıştır: savaş suçları, barışa karşı suçlar, insanlığa karşı suçlar ve soykırım. *Çekirdek suçlar* olarak adlandırılan bu suçlar, sadece belirli bir devlet ya da toplum için değil, bütün insanlığa ve uluslararası sisteme karşı tehditler oluşturur.

Diğer yandan, 2000'li yıllarda özellikle akademik çevrelerde gelişmeye başlayan başka bir suç niteliği de *ulusaşan* ya da *sınıraşan* suçlardır. Uluslararası ceza hukukunda tanımlanmaları şu an için sınırlıdır ve genel anlamda küresel ölçekte büyük suçlar olarak kabul edilmezler. 2010 yılında Kampala'da düzenlenen konferansta atılan adım-

lara rağmen son 10 yılda bu suçların tanım ve kodifikasyon konularında fazla gelişme kaydedilememiştir. Bugün alanda çalışan birçok uzman, bu suçlarla ilgili UCM haricinde alternatif çözümler önermektedir. Neticede bu suçların kapsamının uluslararası ceza hukukunda genişletilmesi gerekliliği ile beraber, tartışmanın başladığı 2000'li yıllardan günümüze yirmi yıldır kesin bir çözüm bulunamamıştır. Uluslararası ölçekte tanım ve düzenleme sorunları devam etmektedir.

Anahtar Kelimeler: Sınıraşan Suçlar, Çekirdek Suçlar, UCM, Uluslararası Ceza Hukuku, Sınıraşan Ceza Hukuk.

INTRODUCTION

Il existe différents types de classification des crimes internationaux dans le Droit International Pénal (DIP). La diversité de classification provient de la difficulté de définir les crimes et de les codifier dans le dit Droit. Selon la terminologie de Cherif Bassiouni, spécialiste du Droit International, il existe vingt-huit catégories de crimes internationaux[1] provenant de deux cent

---

[1]
- *Protection de la paix*
  - *Agression*
- *Protection humanitaire durant les conflits armés, réglementation des conflits armés et limitation des armements*
  - *Crimes de guerre*
  - *Utilisation, production et stockage illicite ou interdit de certaines armes*
  - *Vol de substances nucléaires*
  - *Mercenariat*
  - *Atteintes contre le personnel de Nations-Unies et du personnel apparenté*
- *Protection des droits humains fondamentaux*
  - *Génocide*
  - *Crimes contre l'humanité*
  - *Apartheid*
  - *Esclavage et pratiques analogues à l'esclavage*
  - *Torture et autres formes de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*
  - *Expérimentations humaines illicites*
- *Protection contre la violence terroriste*
  - *Piraterie*
  - *Atteintes à la sécurité de la navigation aérienne internationale*
  - *Infractions contre la sécurité de la navigation maritime et les plates-formes en haute mer*
  - *Infractions pénales contre des personnes bénéficiant d'une protection internationale*
  - *Prise d'otages*
  - *Les attentats aux explosifs*
  - *Le financement du terrorisme*

quatre-vingt et une conventions internationales adoptées entre 1815 et 1999. Bassiouni souligne que les vingt-huit catégories de crimes internationaux ont évolué de façon indépendante en fonction de leur histoire respective.[2] Cela veut dire qu'il faut aborder chaque crime comme objet unique. L'auteur classe les divers crimes internationaux en plusieurs catégories: les crimes commis contre la personne humaine, les crimes qualifiés de terrorisme, les crimes contre les intérêts sociaux et économiques, etc. Les quatre crimes internationaux codifiés dans le Statut de la Cour Pénale Internationale sont mentionnés dans les crimes contre la protection humanitaire et contre les droits humains fondamentaux.[3] Les crimes transnationaux, sujets de ce travail, sont également mentionnés dans les vingt-huit catégories de Bassiouni. La catégorisation de Bassiouni, acceptée comme l'une des plus approfondies dans le domaine, est traditionnellement utilisée de base par les spécialistes.

De l'autre côté, Neil Boister, un autre spécialiste du DIP, a réparti les crimes internationaux, en deux catégories. *"(...) international criminal law stricto sensu - the so-called core crimes and crimes of international concern - the so-called treaty crimes."*[4] La première catégorie, nommée le noyau dur

---

- *Protection d'intérêts sociaux*
  - *Infractions liées à la culture, la production, et au trafic de stupéfiants*
  - *La répression de la criminalité transnationale organisée*
  - *Trafic international de matériaux obscènes*
- *Protection de valeurs ayant un caractère culturel*
  - *Vol / destruction de trésors archéologiques et du patrimoine culturel national*
- *Protection de l'environnement*
  - *Atteintes à l'environnement*
- *Protection des moyens de communication*
  - *Usage illicite des moyens postaux*
  - *Rupture des câbles sous-marins*
- *Protection d'intérêts économiques*
  - *Faux monnayage*
  - *Corruption des fonctionnaires publics étrangers*.

BASSIOUNI Cherif, **Introduction au Droit Pénal International**, Bruylant, Bruxelles, 2002, s.101-102.

2 BASSIOUNI, 2002, ss.101-116.

3 BASSIOUNI, 2002, s.116.

4 BOISTER Neil, "Transnational Criminal Law?", **European Journal of International Law**, 14-5, 2003, s.953.

des crimes internationaux (crimes contre la protection humanitaire et contre les droits humains fondamentaux dans la terminologie de Bassiouni), comprend les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité, les crimes d'agression et le génocide. Ces crimes ont pour particularité d'être codifiés dans les statuts des tribunaux pénaux internationaux ainsi que dans le Statut de Rome, le document fondateur de la Cour Pénale Internationale[5]. Cette catégorie de crimes ne sera pas l'objet de ce travail puisqu'il existe un consensus international autour de leur définition et codification.

La seconde catégorie de Neil Boister encadre les crimes transnationaux (*the so-called treaty crimes)*. Dans ses travaux, Boister utilise les expressions *transnational crimes, treaty crimes* ou *crimes of international concern* pour désigner les crimes dont les zones d'influence dépassent les frontières nationales des Etats.[6] Parmi les diverses expressions utilisées pour désigner ces crimes, nous allons utiliser dans ce travail la notion clé de "crimes transnationaux".

Les problèmes de définition et de codification des crimes transnationaux prennent une importance capitale dans la conjoncture actuelle puisque leurs dommages ont un impact de plus en plus important sur la sécurité humaine internationale. Emilio C. Viano détermine à travers cinq facteurs l'émergence de ces crimes sur la scène internationale; *"the changed post-Cold War landscape, economic and trade liberalization, technological advances, use of the world wide web and related technology and globalization of business"*.[7]

Ce travail vise à analyser, en adoptant une méthode descriptive, les problématiques de définition et de codification des crimes transnationaux dans le DIP, à travers cinq exemples. Dans cet objectif, après avoir introduit le droit transnational pénal, champ théorisé dans les années 2000, nous verrons que les définitions et codifications des crimes transnationaux sont très diverses. Alors que certains crimes transnationaux sont codifiés de manière limitée dans le Statut de Rome, d'autres ne sont pas codifiés.

---

5 FROUVILLE Olivier de, **Droit International Pénal**, Pedone, Paris, 2012, ss.71-343.

6 Detaylı bilgi için bknz. BOISTER, 2003.

7 VIANO Emilio C., "Globalization, Transnational Crime and State Power: The Need for a New Criminology", **Rivista di Criminologia**, Vol. IV, 2010, ss.68-69.

I. NOUVELLE CONCEPTUALISATION DANS LE DROIT INTERNATIONAL PUBLIC: LE DROIT TRANSNATIONAL PENAL ET LES CRIMES TRANSNATIONAUX

Le droit transnational contient *"all law which regulates actions or event that transcends national frontiers. Transnational situations thus may involve corporations, states, organizations of states or other groups."*[8] Ce droit est principalement alimenté par la série de conférences de Philip C. Jessup, organisée par l'Université de Yale dans les années 1950. Depuis ces travaux, le droit transnational s'est considérablement enrichi dans la doctrine, où il constitue un champ qui a été de plus en plus approfondi.[9] Ce domaine, reconstitué sous le nom *du droit transnational pénal* par Neil Boister, se concentre sur la dimension transfrontalière qui découle de la conceptualisation de Jessup. Jessup détermine que ce nouveau domaine s'articule autour des lois et des conventions internationales pour réglementer les actions ou événements qui franchissent les frontières nationales.[10]

Ayant pour objectif de faire émerger des points communs ou une certaine harmonisation entre le droit interne des Etats et le DIP, le droit transnational pénal implique une forte coopération internationale. Selon les spécialistes du domaine, ce système de droit, en créant une coexistence entre le niveau national et le niveau international, fortifie la souveraineté des Etats.[11] R.J Currie propose de faciliter cette coopération en distinguant les crimes transnationaux au sein du droit interne des Etats en deux groupes; *transnational crimes of domestic concern* et *transnational crimes of international concern* - qui seront objets du droit transnational pénal.[12]

Nonobstant l'absence d'utilisation commune du terme de droit transnational pénal dans la doctrine, Boister justifie la nécessité de

---

8 JESSUP Philip, **Transnational Law**, Yale University Press, New Haven, 1956, in BOISTER Neil / CURRIE Robert J, **Routledge Handbook of Transnational Criminal Law,** Routledge Handbooks, New York, 2015, s.113.

9 LONDRAS Fiona de, "Terrorism as an international crime", in SCHABAS William / BERNAZ Nadia (eds), **Routledge Handbook of Criminal Law**, New York, 2010, s.176.

10 BOISTER Neil / CURRIE Robert J. (eds), **Routledge Handbook of Transnational Criminal Law**, Routledge Handbooks, New York, 2015, s.13.

11 BOISTER, CURRIE, 2015, s.21.

12 BOISTER, CURRIE, 2015, s.15.

conceptualiser cette notion en formulant divers arguments: la nécessité d'attirer de l'attention sur un système international relativement négligé, les inquiétudes soulevées par la criminalisation de la conduite transnationale, les faiblesses doctrinales et les considérations relatives aux droits de l'Homme.[13] Pourtant, bien que le concept de crime transnational soit désormais généralisé dans la doctrine et que son utilisation se soit accrue dans les années 2000 avec les travaux de Boister, le droit transnational pénal semble toujours loin de la terminologie actuelle. Souvent défini comme une branche du DIP, ce domaine souffre en général d'inattention.[14]

Selon Bassiouni, les crimes ont un caractère international s'ils sont incompatibles avec une norme fondamentale de droit international et s'ils violent les normes de *jus cogens*. L'essentiel du DIP est fondé sur les principes de la protection des intérêts internationaux comme la paix et la sécurité internationale, ainsi que sur les valeurs fondamentales et la dignité humaine. Le DIP se caractérise par un élément unique qui interdit tous les comportements illicites commis envers l'humanité et menaçant l'ordre et les valeurs internationales. Néanmoins, dans la terminologie de Bassiouni, tous les crimes internationaux ne contiennent pas ces éléments.[15] Nous pouvons citer pour exemples la piraterie maritime et les crimes environnementaux. Les nuances entre la substance, les éléments matériels et moraux des crimes internationaux ainsi que leurs divers impacts sur le système international nécessitent plus de distinctions dans la doctrine actuelle contrairement à celle de Bassiouni. Ce besoin de distinction peut être interprété comme le point de départ de recherches des spécialistes du domaine du droit transnational pénal.

Le concept de crime transnational, issu du droit transnational pénal, est généralement utilisé par les criminologues et les juristes bien que sa définition ne soit pas encore mentionnée dans les dictionnaires juridiques. G. Mueller explique cette absence de définition par le caractère amorphe du concept.[16]

---

13 BOISTER, 2003, s.953.

14 SLIEDREGT Elies Van, "International Criminal Law: Over-studied and Underachieving?", **Leiden Journal of International Law**, 2016, ss.1-16.

15 BOISTER, 2003, s.966.

16 VLASSIS Dimitri / WILLIAMS Phil (eds), **Combating Transnational Crime: Concepts, Activities and Responses**, Frank Cass, London, 2001, s.13.

> *"Le terme crime transnational a été utilisé pour la première fois lors du Cinquième Congrès des Nations-Unies sur la Prévention du Crime et le Traitement des Délinquants en 1975, par la Commission pour la Prévention du Crime et la Justice Pénale, dans le but d'identifier un certain phénomène criminel transcendant les frontières internationales, transgressant les lois de plusieurs Etats ou ayant un impact sur un autre pays."*[17] *La Quatrième Enquête des Nations-Unies sur les Tendances de la Criminalité et le Fonctionnement des Systèmes de Justice Pénale réalisée en 1976 a défini le crime transnational telle que les crimes dont la conception, la perpétration et/ou les effets directs ou indirects font intervenir plus d'un pays".*[18]

"Fijnaut points out that the adjective 'transnational' suggests that all of the types of crime mentioned recognize no national boundaries and, geographically speaking, take place in vacuum, as it were."[19] Fijnaut souligne ainsi que le concept englobe différents types de crimes, tels que la criminalité organisée, les crimes professionnels et les crimes politiques. Son contenu encadre plusieurs actes illicites relevant de diverses disciplines comme l'économie, la politique et le droit. Le trafic de stupéfiants, le trafic d'armes, le trafic des êtres humains, le trafic de matières radiologiques, nucléaires et chimiques sont des exemples, parmi des milliers d'autres.[20] Ces exemples présentent la difficulté de définir ce concept et de l'intégrer dans la doctrine. *"According to Martin and Romano, 'transnational crime may be defined as the behavior of ongoing organizations that involves two or more nations, with such behavior being defined as criminal by at least one of these nations'."*[21] Nous pouvons constater que la distinction entre les définitions provient également des différentes valeurs, des différentes expériences et des différentes histoires nationales des Etats.

Boister résume ces discussions en prenant l'encadrement fait par l'ONU affirmant qu'un acte illicite est transnational s'il contient l'une de ces quatre caractéristiques;

---

17 VLASSIS / WILLIAMS, 2001, s.13.

18 BOISTER Neil, **An Introduction to Transnational Criminal Law**, Oxford University Press, Oxford, 2012, s.4.

19 WANG Peng / WANG J., "Transnational Crime: It's Containment through International Cooperation", **Asian Social Science**, 5-11, 2009, s.26.

20 BOISTER, 2003, s.954.

21 WANG, WANG, 2009, s.2.

- *"it is committed in more than one state;*
- *it is committed in one state but a substantial part of its preparation, planning, direction, or control takes place in another state;*
- *it is committed in one state but involves an organized criminal group that engages in criminal activities in more than one state; or*
- *it is committed in one state but has substantial effects in another State"*[22]

Ethan A. Nadelmann ajoute à ces éléments le caractère "maléfique". Pour être de nature transnationale, le crime doit présenter un caractère mauvais aux yeux de l'opinion publique de la société concernée.[23]

Ainsi, comme pour les crimes internationaux, il est difficile de classifier les crimes transnationaux. Malgré cette difficulté, il existe certaines catégorisations visant à clarifier cette classification des crimes transnationaux en créant des généralisations.

Par exemple, selon la classification de Gerhard Mueller, il existe dix-huit crimes transnationaux; *"Money laundering*, *illicit drug trafficking*, *corruption and bribery of public officials as defined in national legislation and of party officials and elected representatives as defined in national legislation*, *infiltration of legal business*, *fraudulent bankruptcy*, *insurance fraud*, *computer crime*, *theft of intellectual property*, *illicit traffic in arms*, *terrorist activities*, *aircraft hijacking*, *sea piracy*, *hijacking on land*, *trafficking in persons*, *trade in human body parts*, *theft of art and cultural objects*, *environmental crime*, *other offenses committed by organized criminal groups."*[24]

De l'autre côté, la catégorisation de Robert Cryer est plus simple. Il énumère les crimes transnationaux comme; "- *drugs trafficking, piracy, slavery, terrorism offences, torture, apartheid, enforced disappearances, transnational organized crime including people trafficking, smuggling migrants and illegal arms trafficking, corruption."*[25]

---

22 BOISTER, 2003, s.4.

23 NADELMANN Ethan, "Global Prohibition Regimes: The Evolution of Norms in International Society", **International Organization**, 44-4, 1990, s.525.

24 VLASSIS / WILLIAMS, 2001, s.2.

25 CRYER Robert, "Drug Crimes and Money Laundering", in SCHABAS William / BERNAZ Nadia (eds), **Routledge Handbook of Criminal Law**, New York, 2010, ss.334-335.

La terminologie de Neil Boister, sur laquelle nous allons fonder notre réflexion, fait la synthèse des catégorisations précédentes en adoptant une typologie basée sur les valeurs. *"Les crimes transnationaux sont difficiles à classifier avec précision sur la base du préjudice. (...) Les préjudices contre les intérêts individuels peuvent inclure l'esclavage, le trafic d'êtres humains, la piraterie, et le terrorisme. Les préjudices contre les intérêts de propriété peuvent inclure la piraterie, la criminalité organisée transnationale, la corruption, et le blanchissement d'argent. Les préjudices contre les intérêts sociaux peuvent inclure le trafic de stupéfiants, la corruption, et la criminalité organisée transnationale. Les préjudices contre l'Etat peuvent inclure le terrorisme et la corruption. L'empiètement considérable de ces catégories suggère qu'une séparation plus soutenable peut être effectuée entre les crimes essentiellement violents contre l'intégrité corporelle des individus, comme le terrorisme, et ceux essentiellement non-violents basés sur la contrebande, comme le trafic de stupéfiants. Cette séparation serait utile pour décider de la nature et des qualités des réponses légales appropriées-des mesures légales plus sévères mais avec une plus grande protection des droits de l'homme seraient plus adaptées, par exemple, contre le terrorisme que contre le trafic des stupéfiants."*[26]

Il est ainsi difficile de définir, de classifier et de faire émerger des points communs pour codifier les crimes transnationaux dans le droit international. Au niveau national, les procédures de droit pénal dépendent du droit interne des Etats mais au niveau international ces sujets deviennent plus complexes. Le Statut de Rome - le statut fondateur de la CPI - contient les dernières définitions et codifications des crimes internationaux. En 2019, il était signé et ratifié par 122 Etats dans le monde. Dans le cadre du Statut, les définitions des crimes transnationaux ainsi que leur codification sont diverses. Certains crimes transnationaux comme *l'apartheid,* la torture, etc. sont définis et codifiés sous les deux catégories (les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre) du noyau dur des crimes internationaux. Leur contenu reste donc limité. De l'autre côté, certains crimes transnationaux ne sont pas mentionnés dans le Statut (les crimes de terrorisme).[27] Néanmoins, plusieurs crimes transnationaux ont des impacts importants sur le système international et sur la sécurité humaine

---

[26] BOISTER, 2003, s.8.

[27] Bknz. https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ADD16852-AEE9-4757-ABE7-9CDC7CF02886/283948/RomeStatuteFra1.pdf, Erişim tarihi: 16.02.2021.

internationale. De ce constat, plusieurs difficultés apparaissent. D'une part la définition et la codification des crimes transnationaux dans le DIP se veulent complexe, d'autre part se pose la question de savoir quel crime transnational devrait être défini et codifié en priorité comme l'un des crimes du noyau dur des crimes internationaux.

II. LES PRINCIPAUX CRIMES TRANSNATIONAUX: LES CANDIDATS AU STATUT DE ROME ?

Dans le premier chapitre de ce travail, nous avons brièvement abordé le contenu du droit transnational pénal, donné certaines définitions des crimes transnationaux et énoncé les tentatives de classification par les différents spécialistes. Dans ce cadre, nous pouvons constater qu'il est difficile de généraliser ces crimes du fait de la pluralité d'approches. L'essentiel de ce travail est basé sur la terminologie de Neil Boister. La terminologie et les idées de Boister pour résoudre les problèmes de codification ont évolué avec le temps. Alors que son article publié en 2009 énumérait quatre crimes, dont la torture, le terrorisme, le trafic de stupéfiants, la criminalité organisée, comme les premiers candidats au Statut de Rome[28], son ouvrage publié en 2012 a étendu la liste des crimes en huit catégories distinctes, à savoir la piraterie maritime, l'esclavage et les nouveaux sortes d'esclavage, le trafic de stupéfiants, le terrorisme, la criminalité organisée, la corruption, le blanchiment de capitaux et les crimes émergents.[29] Enfin, dans l'édition de *Routledge Handbook of Transnational Criminal Law,* Boister avec les spécialistes du domaine, a finalement catégorisé les crimes transnationaux en trois grands groupes, à savoir *substantive crimes (human trafficking, migrant smuggling, child sex tourism); commodity crimes (drug trafficking, weapons smuggling, cultural property trafficking, environmental theft and trafficking, environmental degradation, intellectual property offences); facilitative and organizational crimes (money laundering, corruption, piracy, cybercrime, terrorism, transnational organized crime)*.[30]

Des tentatives de définition de Boister et de celles émanant d'autres spécialistes, nous pouvons constater une fois encore la difficulté de faire

---

[28] BOISTER Neil, "Treaty Crimes, International Criminal Court?", **New Criminal Law Review**, 12, 2009, ss.354-360.

[29] BOISTER, 2012, ss.27-112.

[30] BOISTER / CURRIE, 2015, ss.167-409.

émerger des points communs pour catégoriser ce type de crimes. Le consensus sur la définition, la codification et les types de crimes constituant le noyau dur des crimes internationaux est beaucoup plus limpide dans le droit international.

Ce travail ne vise pas à aborder l'ensemble des crimes transnationaux. Pour autant, à travers l'étude de certains crimes transnationaux qui pourraient potentiellement être candidats à une codification dans le Statut de Rome comme l'un des crimes du noyau dur des crimes internationaux, nous allons essayer de présenter les problèmes liés à leur définition et leur codification au sein des mécanismes internationaux. Pour cela, nous avons choisi *l'apartheid,* la torture, l'esclavage - codifiés comme sous-catégories des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre - et en second lieu la piraterie maritime et le terrorisme au niveau international - ni définis, ni codifiés dans le Statut de Rome malgré leur considération comme des crimes majeurs par la communauté internationale et certains spécialistes.

1. L'Apartheid

Le crime d'*apartheid* renvoie au régime de discrimination systématique qui a perduré jusqu'en 1994 en Afrique du Sud. L'*apartheid* "est" ou "était" une politique discriminatoire affectant les populations, sur la base des critères raciaux dans des zones géographiques déterminées. Ce crime s'est développé entre 1948 et 1994 en Afrique.[31]

L'*apartheid* est défini par deux instruments juridiques,

- *La Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale de 1966*[32]
- *La Convention sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid de 1973*[33]

L'article 2 de la convention de 1973 définit le crime d*'apartheid* comme;

---

[31] THAN Claire de / SHORTS Edwin, **International Criminal Law and Human Rights**, Sweet&Maxwell, London, 2002, s.110.

[32] https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-2&chapter=4&lang=fr, Erişim tarihi: 06.08.2020.

[33] https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201015/volume-1015-I-14861-French.pdf, Erişim tarihi: 06.08.2020.

> *"... englobant les politiques et pratiques semblables de ségrégation et de discrimination raciales, telles qu'elles sont pratiquées en Afrique du sud et les actes inhumains... commis en vue d'instituer ou d'entretenir la domination d'un groupe racial d'êtres humains sur n'importe quel autre groupe racial d'êtres humains et d'opprimer systématiquement celui-ci."*[34]

Dans le droit international pénal, la définition de l'*apartheid* et les mesures prises pour éviter la réapparition de ce crime dans le système international sont intégrées en général sous la catégorie des crimes contre l'humanité, l'un des crimes du noyau dur des crimes internationaux. *"La Convention Internationale sur l'Elimination et la Répression du crime d'Apartheid établit une vaste compétence juridictionnelle, fondée sur les obligations erga omnes, dont la prévention et la punition incluent forcément le crime d'apartheid. En tout cas, les crimes contre l'humanité sont soumis à la juridiction internationale sous le droit international coutumier. L'Apartheid est également reconnu comme un crime contre l'humanité par l'Art 7(1)(j)*[35] *du Statut de la CPI... La définition est très semblable à celle qui se trouve dans la Convention sur l'Apartheid, mais le concept de crimes contre l'humanité dans le contexte de la CPI est plus étroit que celui établi par le droit coutumier international."*[36]

Ainsi la définition adoptée dans le Statut est très semblable à la Convention sur *l'apartheid*, mais le concept de crimes contre l'humanité dans le contexte de la CPI est plus étroit que celui retenu par le droit international coutumier. *L'apartheid* est un crime contre l'humanité très spécifique, fondé uniquement sur la discrimination raciale. Donc, ce crime n'est pas applicable dans toutes les régions et nous pouvons dire qu'il est aujourd'hui accepté comme l'un des crimes le plus difficile à reproduire.

---

[34] DUGARD John, "*L'Apartheid*", in ASCENSIO Hervé (eds), **Droit International Pénal,** Pedone, Paris, 2012, s.1.

[35] Article 7- (2)

h) Par "crime d'apartheid", on entend des actes inhumains analogues à ceux que vise le paragraphe 1, commis dans le cadre d'un régime institutionnalisé d'oppression systématique et de domination d'un groupe racial sur tout autre groupe racial ou tous autres groupes raciaux et dans l'intention de maintenir ce régime.

https://www.icc-cpi.int/resource-library/documents/rs-eng.pdf, Erişim tarihi: 06.08.2020.

[36] BANTEKAS Ilias et.all, **International Criminal Law**, Cavendish Publishing, London, 2007, s.122.

C'est l'une des principales raisons pour laquelle il est codifié au sein des crimes contre l'humanité dans le Statut de Rome.[37]

Pourtant, il existe actuellement dans le monde des crimes qui portent certaines ressemblances avec le crime d'*apartheid* des années 1990. Les spécialistes comparent ainsi certains crimes commis envers une population pendant un conflit armé international avec les crimes commis au passé en Afrique du Sud. Ces discussions se concentrent en général sur les politiques appliquées par Israël contre la population palestinienne. L'ONU a à cet égard réalisé un rapport sur le sujet.[38] Ainsi, malgré la faible probabilité de voir ce crime se reproduire, il peut prendre de nouvelles formes. Dans tous les cas, ce crime ne peut pas être compris sans référence à son origine historique et à la définition contenue dans la Convention contre *l'apartheid*.[39]

2. La Torture

La torture a été dénoncée pour la première fois en 1764 par Beccaria dans le *Traité des délits et des peines*, mais il faudra attendre la fin de XIXème siècle pour voir apparaitre les premiers textes prohibant le recours à la torture. Certaines dispositions des Conventions de la Haye de 1899 et de 1907, des Conventions de Genève de 1949 et leurs protocoles additionnels ont pu être interprétées comme prohibant la torture mais il faudra attendre la fin de la Seconde Guerre Mondiale pour voir émerger l'interdiction absolue de la torture dans les textes régionaux et internationaux.[40] En raison de la double nature de la torture (crime contre l'humanité et crime de guerre), la question de la définition est essentielle dans la mesure où elle conditionne non seulement son accusation mais également les obligations qui lui sont relatives.[41]

Le document juridique le plus globalement accepté aujourd'hui est *la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* de l'ONU adoptée par l'Assemblée Générale le 10 décembre 1984.[42] Selon cette convention la torture désigne; *"tout acte par*

---

37 DUGARD, 2012, ss.358-359.

38 Bknz. https://www.washingtonpost.com/news/worldviews/wp/2017/03/16/is-israel-an-apartheid-state-this-u-n-report-says-yes/, Erişim tarihi: 14.09.2020.

39 DUGARD, 2012, ss.358-359.

40 DELAPLACE Edouard, "La Torture" in ASCENSIO Hervé (eds), **Droit International Pénal,** Pedone, Paris, 2012, s.224.

41 DELAPLACE, 2012, s.224.

42 https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-9&chapter=4&lang=fr, Erişim tarihi: 06.08.2020.

lequel une douleur ou des souffrances aigues, physiques ou mentales, sont intentionnellement infligés à une personne aux fins notamment d'obtenir d'elle ou d'une tierce personne des renseignements ou des aveux, de la punir d'un acte qu'elle ou une tierce personne a commis ou est soupçonnée d'avoir commis, de l'intimider ou de faire pression sur une tierce personne, ou pour tout autre motif fondé sur une forme de discrimination quelle qu'elle soit, lorsqu'une telle douleur ou de telles souffrances sont infligées par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à un titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite. Ce terme ne s'étend pas à la douleur ou aux souffrances résultant uniquement de sanctions légitimes, inhérentes à ces sanctions ou occasionnées par elles."[43]

En ce qui concerne le droit international, la torture peut être considérée selon les cas comme un crime contre l'humanité, un crime de guerre ou une infraction internationale autonome. Les statuts de Nuremberg, du Tribunal Pénal International de l'Ex-Yougoslavie, du Tribunal Pénal International pour le Rwanda et le Tribunal Spécial pour la Sierra-Leone prévoient aussi les mesures contre la torture au niveau international. L'article 8 du Statut de la CPI considère la torture comme un crime de guerre. Par ailleurs, l'article 7 l'accepte comme un crime contre l'humanité.[44,45] Dans le contexte de la guerre, les actes de torture commis contre le personnel militaire et la population civile sont considérés comme un crime appartenant au noyau dur des crimes internationaux. En tant que telle, la torture est un crime international pouvant apparaître en tous temps et tous contextes. Autrement dit, elle est considérée comme un crime de *jus cogens*.[46]

---

43 https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-9&chapter=4&lang=fr, Erişim tarihi: 06.08.2020.

44 Article 7- 2(e)

"Par "torture", on entend le fait d'infliger intentionnellement une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, à une personne se trouvant sous sa garde ou sous son contrôle; l'acception de ce terme ne s'étend pas à la douleur ou aux souffrances résultant uniquement de sanctions légales, inhérentes à ces sanctions ou occasionnées par elles;

Article 8- 2 (c) (i)

Les atteintes à la vie et à l'intégrité corporelle, notamment le meurtre sous toutes ses formes, les mutilations, les traitements cruels et la torture."

https://www.icc-cpi.int/resource-library/Documents/RS-Fra.pdf, Erişim tarihi: 13.08.2020.

45 DELAPLACE, 2012, ss.219-220.

46 BASSIOUNI, 2002, s.129.

Cependant, nous pouvons observer la codification distincte de la torture des autres crimes internationaux dans le Statut des Chambres Spéciales de Timor-Leste, une juridiction pénale hybride.[47] Les tribunaux hybrides ou spéciaux, combinant le droit interne des Etats et le droit international, inspirent en général le Statut de Rome et donc le DIP. Le fait que la torture soit codifiée comme l'un des crimes du noyau dur des crimes internationaux dans le Statut des Chambres Spéciales de Timor-Leste montre le poids de ce crime dans les conflits armés internationaux.

Ainsi, le DIP induit une interdiction générale du crime de torture, même s'il reste l'une des sous-catégories du noyau dur des crimes internationaux dans le Statut de la CPI.[48]

3. L'Esclavage et la traite des esclaves

L'esclavage est aujourd'hui considéré dans le monde entier comme l'une des plus pires atrocités de l'histoire et l'une des violations actuelles les plus insupportables envers la dignité de la personne humaine. Bien que cette ce crime soit mentionnée par vingt-huit instruments adoptés entre 1815 et 2000[49], les documents officiels les plus largement adoptés sont la Convention de 1926 et la Convention de 1956 formés par l'ONU.

La Convention relative à l'esclavage du 25 septembre 1926 de l'ONU[50] est un instrument conventionnel qui avait pour objectif de mettre fin à l'esclavage. L'une des principales contributions de cette convention est de préciser les notions d'esclavage. L'article 1 de la convention définit l'esclavage comme; "*the status or condition of a person over whom any or all of the powers attaching to the rights of ownership are exercised"*.[51] Les institutions et pratiques analogues à l'esclavage sont précisées et définies dans l'article 1 de *la Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage* du 7 septembre 1956.[52]

---

47 DONLON Fidelma, "Hybrid Tribunals" in SCHABAS William / A, BERNAZ Nadia. (eds), **Routledge Handbook of Criminal Law**, Routledge, New York, 2010, s.87.

48 BANTEKAS, 2007, s.567.

49 BASSIOUNI, 2002, s.127.

50 https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=XVIII-2&chapter=18&clang=_fr, Erişim tarihi: 07.08.2020.

51 BOISTER, 2012, s.37.

52 https://www.ohchr.org/FR/ProfessionalInterest/Pages/SupplementaryConventionAbolitionOfSlavery.aspx, Erişim tarihi: 07.08.2020.

Les Statuts des tribunaux internationaux classent le crime d'esclavage dans la catégorie des crimes contre l'humanité. S'agissant de la problématique relative à l'efficacité de la codification de l'esclavage et de la traite des esclaves dans le Statut de Rome[53], celle-ci s'explique par le caractère ancien de ce crime ainsi que la faible probabilité de voir ce crime se reproduire dans la conjoncture actuelle. Les arguments de Bassiouni, ci-dessous, supportant l'idée de non-nécessité d'une codification distincte de ce crime, sont discutés aujourd'hui par plusieurs spécialistes dont Neil Boister.

> *"Il est intéressant de noter que la pratique de l'esclavage a fortement diminué depuis le début du siècle sans la présence d'un système international complexe de mise en œuvre des obligations. La raison en est que les valeurs communes partagées par la communauté internationale se sont unifiées et ont concouru, avec la volonté politique des Etats, à produire le type d'action interne et internationale qui a abouti à ce résultat."*[54]

Boister, dans le cadre du droit transnational pénal, part des origines de l'esclavage pour examiner ce crime à la lumière du contexte contemporain. Cela veut dire qu'il examine les versions *modernes* de l'esclavage. Selon lui, le trafic illicite de migrants, la traite des êtres humains[55] et la traite des esclaves sont les principaux crimes transnationaux actuels qui ont des effets significatifs sur le système international.[56] Nous pouvons trouver les racines du rapprochement entre le crime d'esclavage et la traite des êtres humains dans la convention de 1926. Même si l'esclavage, tel qu'il existait dans le passé n'existe plus, ce crime transparait aujourd'hui à travers les concepts de la traite des êtres humains et de la traite des migrants. *"(...) all acts involved*

---

[53] Article 7 - 2 (c)

Par "réduction en esclavage", on entend le fait d'exercer sur une personne l'un quelconque ou l'ensemble des pouvoirs liés au droit de propriété, y compris dans le cadre de la traite des être humains, en particulier des femmes et des enfants;

Article 8 - 2 (vi)

Le viol, l'esclavage sexuel, la prostitution forcée, la grossesse forcée, telle que définie à l'article 7, paragraphe 2.

https://www.icc-cpi.int/resource-library/Documents/RS-Fra.pdf, Erişim tarihi: 13.08.2020.

[54] BASSIOUNI, 2002, s.128.

[55] OBOKATA Tom, "Human Trafficking" in BOISTER Neil / CURRIE Robert J. (eds), **Routledge Handbook of Transnational Criminal Law**, Routledge Handbooks, New York, 2015, s.172.

[56] BOISTER, 2012, ss.36-50.

in the capture, acquisition or disposal of a person with intent to reduce him to slavery; all acts involved in the acquisition of a slave with a view to selling or exchanging him; all acts of disposal by sale or exchange of a slave acquired with a view to being sold or exchanged, and, in general, every act of trade or transport in slaves."[57]

Ainsi, nous pouvons constater qu'un crime qui semble avoir disparu peut prendre d'autres formes dans un autre système et une autre époque. De la terminologie de Boister, nous pouvons souligner une fois encore que ces nouvelles formes de crimes nécessitent une codification efficace pour un encadrement juridique plus détaillé.

4. Les Violations du droit de la mer: la piraterie maritime

La piraterie maritime existe depuis l'Antiquité. Les dommages et les risques créés par les pirates, en plus d'avoir un impact sur le secteur maritime, portent atteinte à la sécurité internationale. Ce crime existe dans le droit international coutumier depuis le XVIIème siècle. Contrairement aux crimes de torture, d'esclavage ou d'*apartheid*, il n'y a pas de convention spécifique relative à la piraterie maritime. Malgré tout, son interdiction apparait dans les articles internationaux du droit de la mer.[58] Aujourd'hui, dans le cadre du droit international, les actes illicites commis en mer, dont la piraterie maritime, sont définis et encadrés de manière indépendante. La notion de piraterie maritime est bornée juridiquement aux actes commis en mer. Cette notion ne traite pas des autres types de crimes utilisant l'appellation "piraterie", dont les cyber crimes. Cet encadrement spécifique de la piraterie maritime peut être expliqué par l'existence du dit droit spécifique à ce sujet, le droit de la mer.

La piraterie maritime, du fait des lacunes de coopération juridique interétatiques, a été réglementée pendant des siècles par des règles coutumières. Définie comme *hostis humani generis*[59] (l'ennemi de toute l'humanité), la piraterie maritime est aujourd'hui essentiellement encadrée juridiquement par les articles 14-23 de la Convention de Haute Mer de 1958 et les articles 100-110 de la Convention de Montego Bay de 1982 (La Convention des Nations-Unies sur le Droit de la Mer (CNUDM). Ainsi la

---

57 BOISTER, 2012, s.37.

58 BASSIOUNI, 2002, s.131.

59 BOISTER, 2012, s.28.

définition actuelle de ce crime est mentionnée par l'article 101 de la Convention de 1982;

"On entend par piraterie l'un quelconque des actes suivants:

a) tout acte illicite de violence ou de détention ou toute déprédation commis par l'équipage ou des passagers d'un navire ou d'un aéronef privé, agissant à des fins privées, et dirigé:

i. contre un autre navire ou aéronef, ou contre des personnes ou des biens à leur bord, en haute mer;

ii. contre un navire ou un aéronef, des personnes ou des biens, dans un lieu ne relevant de la juridiction d'aucun Etat;

b) tout acte de participation volontaire à l'utilisation d'un navire ou d'un aéronef, lorsque son auteur a connaissance de faits dont il découle que ce navire ou aéronef est un navire ou un aéronef pirate;

c) tout acte ayant pour but d'inciter à commettre les actes définis aux lettres a) ou b), ou commis dans l'intention de les faciliter."[60]

La Convention de 1982, avec les articles relatifs aux concepts de l'espace maritime comme la mer territoriale, la zone économique exclusive, le plateau continental etc., encadre aussi les principes généraux de l'exploitation des ressources maritimes. Elle a aussi créé le Tribunal International du Droit de la Mer, compétent pour émettre des avis juridiques. Pour autant, ce Tribunal n'est pas spécifiquement en charge de régler ces litiges.[61]

Selon l'article 105 de la Convention de Montego Bay, un quelconque Etat peut intervenir contre les actes de piraterie maritime lorsque ceux-ci sont commis dans les eaux internationales. L'Etat, alors, déroule sa compétence de jugement sur la base de son droit interne. Cette compétence des Etats en matière de lutte contre la piraterie maritime est *universelle* et *sui generis* selon le droit de la mer. L'indemnisation des dommages causés par les pirates et le jugement des criminels n'entrent pas dans le champ de la responsabilité de l'Etat du pavillon.[62] En outre, l'Etat qui appréhende les

---

60 http://www.un.org/french/law/los/unclos/closindx.htm, Erişim tarihi: 10.08.2020.

61 http://www.itlos.org/start2_fr.html, Erişim tarihi: 10.08.2020.

62 BEURIER Jean-Pierre et.all, **Droits Maritimes Tome 1**, Les Editions Juris-Service, Paris, 1995, s.133.

pirates n'est pas tenu de les juger sur la base du droit international, mais ce pays a une priorité de jugement par rapport à l'Etat du pavillon et à la nationalité des pirates.[63] Le cas de piraterie maritime est une situation acceptée exceptionnellement.[64] Pourtant, les conventions de 1958 et de 1982 n'obligent pas les Etats parties à prendre au niveau national les mesures nécessaires pour établir leur compétence en vue de réprimer la piraterie maritime.[65]

> *"La recherche de Harvard du 1932 sur le Droit International, le Projet de Convention sur la Piraterie et les Commentaires, soutient qu'en raison de l'absence d'une agence internationale pour capturer les pirates et celle d'un tribunal international pour les punir, la piraterie ne constitue pas un crime international mais une juridiction extraordinaire en chaque état pour arrêter et poursuivre, et punir les personnes ainsi que confisquer et disposer des biens. Largement supporté par les commentateurs, ce point de vue reflète la manque d'enthousiasme pour inclure la piraterie dans la juridiction de la Cour Pénale Internationale, la piraterie était exclue du Projet de Statut du DPI pour la CPI à cause de la prépondérance des opinions qui soutenaient que la piraterie n'était plus considérée comme un crime suffisamment international. La Piraterie est du moins possiblement un prototype de crime transnational ayant le but de répondre aux menaces dirigées contre les intérêts commerciaux des Etats, ayant lieu en haute mer, au-delà de la juridiction territoriale de chaque Etat."*[66]

Il n'existe pas de définition et de codification de la piraterie maritime au sein du Statut de Rome. Puisque le crime de piraterie maritime se déroule en général hors des eaux territoriales des Etats, ce crime est accepté comme un crime transnational ou international. Cette violation du droit maritime, à travers les nouvelles formes d'actes illicites commis contre la sécurité de la navigation maritime ou contre la sûreté des plates-formes en haute-mer, est considérée aux yeux de l'opinion internationale comme une menace envers

---

63 ÖKTEM Emre / KURTDARCAN Bleda, **Deniz Haydutluğu ve Korsanlık**, Denizler Kitabevi, İstanbul, 2011, s.94.

64 http://www.senat.fr/rap/l09-369/l09-3692.html, Erişim tarihi: 10.08.2020.

65 MOMTAZ Djamchid, "La Piraterie" in ASCENSIO Hervé (eds), **Droit International Pénal**, Pedone, Paris, 2012, ss.368-369.

66 BOISTER, 2003, ss.28-29.

les intérêts commerciaux des Etats.[67] Ce crime affecte presque tous les continents, et en particulier les Etats littoraux. La piraterie maritime a un caractère intemporel. Constituant une menace pour la sécurité nationale et internationale et le commerce, ce crime nécessite un tribunal spécial ou une codification au sein du Statut de Rome selon plusieurs spécialistes.

5. Le Terrorisme au niveau international

Bien que le concept de terrorisme ait considérablement évolué en raison des événements du 11 septembre 2001, il représente un défi pour le droit international depuis le début de XXème siècle. Dans son ouvrage *d'Introduction au Droit Pénal*, Cherif Bassiouni énumère neuf sortes d'actes illicites qui peuvent être qualifiés de *crime de terrorisme:* la piraterie, les atteintes à la sécurité de la navigation aérienne internationale, les infractions contre la navigation maritime et la sécurité des plates-formes en haute mer, les infractions contre les personnes bénéficiant d'une protection internationale, les crimes contre le personnel des Nations-Unies et du personnel apparenté, la prise d'otages, l'usage illicite des moyens postaux, les attentats explosifs, le financement de terrorisme.[68] Cette diversité d'actes illicites associée à la notion de terrorisme illustre la difficulté de définir ce crime transnational en DIP.

D'autre part, Boister souligne qu'il faut différencier les actes de terrorisme des meurtres ordinaires, des agressions ou des dommages matériels. Ce crime peut être conceptualisé comme un ensemble d'actes particuliers, d'actes de violence à motivation politique. Boister, en assimilant à la notion de terrorisme les détournements d'avions, la prise d'otage, le terrorisme nucléaire, les crimes contre les personnes internationalement protégées, les attentats à la bombe, le financement des terroristes, élargie et approfondie cette notion, par rapport à Bassiouni.[69] Similairement à la catégorisation de Boister, les actes de terrorisme qui font l'objet d'un régime juridique conventionnel peuvent être classés en huit catégories selon Jean-Christophe Martin: le terrorisme aérien, le terrorisme contre les personnes jouissant d'une protection internationale, les prises d'otage, le terrorisme maritime, les attentats terroristes explosifs, le

---

67 http://www.itlos.org/start2_fr.html, Erişim tarihi: 11.08.2020.

68 BASSIOUNI, 2002, s.6.

69 BOISTER, 2003, ss.62-66.

terrorisme nucléaire, le financement du terrorisme, la participation à une entreprise terroriste.[70]

Dans le système actuel, du fait de l'impasse définitionnelle, il est impossible d'attribuer à la CPI la compétence de juger les crimes de terrorisme. Pour l'instant, il n'existe aucune définition internationale de la notion de terrorisme permettant de le prohiber dans le système international. A part de rares documents juridiques internationaux comme la Convention relative à la suppression du financement du terrorisme[71] et le statut du Tribunal Spécial pour le Liban[72], la définition et la codification de ce crime se retrouvent uniquement dans le droit interne des Etats. De nombreux accords ne mentionnent même pas la notion de terrorisme. Pour autant, il est possible de lutter contre cette menace.[73]

Malgré l'absence de définition commune à la notion de terrorisme, les Etats ont conclu au niveau régional et international un certain nombre de conventions pour encadrer sa répression et la prévention. De manière générale, le droit international condamne le terrorisme. Ce crime a d'abord été l'objet de la Convention de Genève du 16 novembre 1937 pour la prévention et la répression du terrorisme.[74] Cette convention définit de manière générique les actes de terrorisme comme *"les faits criminels dirigés contre un Etat et dont le but ou la nature est de provoquer la terreur chez des personnalités déterminées, des groupes des personnes ou dans le public"*.[75] Faute des ratifications nécessaires elle n'est jamais entrée en vigueur. Plusieurs traités contre le terrorisme ont été élaborés et conclus dans le cadre de l'ONU et de certaines institutions spécialisées. Certaines conventions ont été élaborées par la Commission du droit international et d'autres ont été formulées par un comité créé spécifiquement comme organe subsidiaire de l'Assemblée Générale de l'ONU.[76]

---

70 MARTIN Jean-Christophe, "Le Terrorisme" in ASCENSIO Hervé (eds), **Droit International Pénal**, Pedone, Paris, 2012, ss.280-281.

71 AMSTRONG David et.all, **International Law and International Relations**, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, s.191.

72 DONLON, 2010, s.95.

73 CRYER Robert et.all, **An Introduction to International Criminal Law and Procedure**, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, s.342.

74 LAROSA Anne-Marie, **Dictionnaire de Droit International Pénal**, PUF, Paris, 1998, s.96.

75 LAROSA, 1998, s.96.

76 BETTATI Mario, **Le Terrorisme,** Odile Jacob, Paris, 2013, Annexes-2/3.

Les conventions antiterroristes internationales reposent globalement sur un même dispositif de mesures organisant une répression par les Etats selon le modèle décentralisé classique du DIP.[77] L'objet principal de ces conventions est d'organiser les poursuites pénales menées par les juridictions internes. Précisons que la plupart de ces conventions n'ont pas été spécifiquement rédigées pour lutter contre le terrorisme.[78] Depuis les événements du 11 septembre, plusieurs droits et libertés individuels tels que le droit à l'information (la liberté d'accès, la transparence des informations), les conditions de voyage etc. ont été modifiés ou limités par des mesures de lutte contre le terrorisme. Cette situation affecte alors l'ensemble des citoyens de tous les Etats du monde et influence divers secteurs comme la sécurité, le tourisme, l'économie et le droit. Nous pouvons par ailleurs constater un changement de perception envers ce crime à partir des années 2000.

La CPI ne dispose d'aucune compétence en matière de crime de terrorisme. Pourtant, dans les divers travaux de la Commission du Droit International, il était proposé que la CPI puisse obtenir certaines compétences notamment sur quelques manifestations du terrorisme comme crimes transnationaux (projet de définition de CDI, 1994); sur quelques actes illicites en tant que crime distinct ou certaines manifestations de terrorisme (définition du groupe de travail du Comité préparatoire - 1997) et sur tous les actes de terrorisme en tant que crimes contre l'humanité (Conférence de Rome- 1998)[79]

> *"Terrorism is not within the list of war crimes in Article 8 of the ICC Statute and the ICC therefore does not have jurisdiction in respect of it; in the ICC, attacks on civilians committed with the specific intent to terrorize will be a factor in sentencing only. (...) It is, however, clear that if the acts fall within the list of constituent crimes and if their commission is widespread or systematic (and, in the case of the ICC, are 'against any civilian population'), they will fall within the definition of crimes against humanity in all of the Statutes; they are not excluded from the definition merely because they are also committed with the*

---

77 http://www.un.org/fr/terrorism/instruments.shtml, Erişim tarihi: 10.08.2020.

78 MARTIN, 2012, ss.280-281.

79 DAMGAARD Ciara, **Individual Criminal Responsability for Core International Crimes: Selected Pertinent Issues**, Springer, New York, 2008, 379.

intention of terrorizing the population and with a particular political or other ideological purpose."[80]

Les lacunes de définition du crime de terrorisme au niveau international ont pour conséquence son absence de codification dans le DIP. Ce crime, qui est devenu majeur dans notre conjoncture actuelle, nécessite un consensus au niveau global pour organiser une procédure de jugement efficace. Le terrorisme et la torture, par leur substance et leurs impacts sur l'humanité et la sécurité internationale, peuvent être les premiers candidats au Statut de Rome pour une codification efficace.

CONCLUSION

La première Conférence de Révision du Statut de Rome a eu lieu à Kampala (Ouganda) du 31 Mai au 11 Juin 2010. Cette conférence a été l'occasion de discuter et de promouvoir l'adoption de certains crimes transnationaux au sein du Statut. Des amendements concernant le crime d'agression, l'interdiction d'utilisation de certaines armes pendant les conflits armés internationaux ou non-internationaux ont été adoptés pendant cette conférence.[81] Les propositions sur l'utilisation des armes biologiques, chimiques; sur l'ajout de l'utilisation et la menace d'utilisation d'armes nucléaires dans la définition des crimes de guerre; sur l'ajout du crime de terrorisme et sur l'ajout du crime de trafic de stupéfiants, ont été discutées par les Etats-parties de la CPI.[82] Après cette conférence, cinq réglementations sur propositions des Etats membres ont été adoptées entre 2011 et 2018 pour développer le Statut de la Cour.[83] Néanmoins, il n'y a pas eu beaucoup de progrès concrets concernant l'ajout des crimes transnationaux et le changement de leur statut.

Les difficultés actuelles liées à la codification des crimes transnationaux au sein du DIP peuvent se résumer par sept motifs affirmés par Boister; la définition ambiguë de ces crimes, la gravité insuffisante, les obligations conventionnelles divergentes, l'absence de consensus international sur l'acceptation de ces crimes comme partis du noyau dur des crimes internationaux, l'absence d'intérêt de la communauté internationale, les

---

80 CRYER et.all, 2010, ss.350-351.

81 https://www.icc-cpi.int/Publications/Elements-of-Crimes.pdf, Erişim tarihi: 13.08.2020.

82 http://www.iccnow.org/documents/RC_report_fr_web.pdf, Erişim tarihi: 13.08.2020.

83 https://www.icc-cpi.int/Publications/Regulations-of-the-Court.pdf, Erişim tarihi: 13.08.2020.

problèmes pratiques et les conséquences politiques.[84] Les problèmes identifiés dans notre étude des cinq crimes transnationaux semblent conformes aux raisons mentionnées par Boister; *le terrorisme* a l'attention de l'opinion internationale mais n'a pas de définition officielle internationale; la réapparition l'*apartheid* ou de *l'esclavage* est peu probable malgré l'existence de nouvelles formes, *la torture* a la gravité suffisante mais est considérée comme une sous-catégorie des crimes contre l'humanité ou des crimes de guerre; *la piraterie maritime* ne semble pas être aux yeux de l'opinion internationale un sujet atteignant à la sécurité globale. Nous pouvons ajouter encore plusieurs explications ou raisons à ces problèmes.

De ce constat, les spécialistes du domaine ont commencé à proposer d'autres solutions pour organiser la codification et le jugement de ces crimes. Puisque nous avons pris comme base de réflexion la terminologie de Boister dans ce travail, il sera conforme aussi de mentionner sa proposition. Pour pallier à ces difficultés, Boister propose la création d'un *Tribunal Pénal Transnational (TPT).* Prenant comme essentiel les recherches de Erin Creegan qui proposait la création d'un Tribunal à caractère hybride pour traiter du terrorisme, Boister considère que cette solution peut être applicable pour d'autres crimes transnationaux, dont la piraterie, le trafic de stupéfiants etc.[85] *"The TCC should be a vehicle for protecting the autonomy of states, not for undermining it."*[86] En soulignant l'importance de respecter la souveraineté des Etats, Boister estime que ce tribunal devrait créer un système horizontal comme ordre hiérarchique; cela veut dire que les Etats qui transfèrent les criminels de guerre à ce tribunal pour leur jugement, devraient avoir le même poids dans le processus de décision. Ainsi, ce tribunal, mettant en priorité le droit interne des Etats et essayant de créer une balance à travers la présence de juges nationaux et d'un procureur international permanent, devrait être un moyen efficace pour juger ces crimes sans menacer la souveraineté des Etats.[87]

Dans ce cadre, en considérant les critiques et les discussions actuelles relatives à la CPI, nous pouvons nous poser la question de savoir si la proposition de Boister pour traiter des crimes transnationaux pourrait être à

---

84 BOISTER, 2009, ss.345-352.

85 BOISTER, 2012, s.312.

86 BOISTER, 2012, s.313.

87 BOISTER, 2012, s.313.

même de créer une procédure pénale plus efficace au niveau international. De l'autre côté, les défis liés à la fondation du TPT, dont l'harmonisation du droit interne et international, la signature et la ratification de son Statut par un certain nombre d'Etats et les divergences relatives aux définitions et codifications des crimes transnationaux, nous mènent à penser qu'une telle solution nécessiterait de longues années de travail.

Par ailleurs, même si la création du TPT semble plus efficace que la CPI pour codifier les crimes transnationaux, nous ne pouvons oublier la présence des Tribunaux hybrides, mixtes ou spéciaux similaires au TPT, qui ont été créés à partir des années 90 pour régler des cas spécifiques. Les Chambres Spéciales du Timor-Leste, les Chambres Africaines Extraordinaires, le Tribunal Spécial pour le Cambodge, le Tribunal Spécial pour la Sierre-Leone... créés sous l'égide de l'ONU, représentent aujourd'hui des exemples de Tribunaux à caractère hybride et *ad hoc,* ayant tenté de définir et de codifier certains crimes transnationaux. De ce constat, ce type de Tribunaux *ad hoc* ayant pour caractéristiques la rapidité des procédures pénales et une capacité à traiter de cas uniques, ne constitueraient-ils pas une réponse satisfaisante ? En réalité, cette solution *ad hoc* nous conduit au fameux dilemme lié à l'application ou non du *principe de rétroactivité (ex post facto law)* du droit international. Dans ce cadre, les désaccords entre les Etats, sujets du dit cas unique, seront aussi inévitables.

En conclusion, l'hypothèse d'ajouter et de codifier les crimes transnationaux au sein du Statut de la CPI semble plus pertinente que d'autres solutions alternatives telles que la fondation du TPT ou la création des Tribunaux *ad hoc* à caractère hybride. En effet, le Statut de Rome est d'ores et déjà signé et ratifié par de nombreux Etats dans le monde et des travaux relatifs aux crimes transnationaux ont déjà été entrepris depuis longtemps. Malgré les désaccords entre les Etats-parties, la lenteur des procédures, les critiques envers le Tribunal et les divers problèmes de définition et de codification, la CPI nous semble toujours être l'institution la plus proche d'une solution satisfaisante.

BIBLIOGRAPHIE

AMSTRONG David et.all, **International Law and International Relations**, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.

BANTEKAS Ilias et.all, **International Criminal Law**, Cavendish Publishing, London, 2007.

BASSIOUNI Cherif, **Introduction au Droit Pénal International**, Bruylant, Bruxelles, 2002.

BETTATI Mario, **Le Terrorisme,** Odile Jacob, Paris, 2013.

BEURIER Jean-Pierre et.all, **Droits Maritimes Tome 1**, Les Editions Juris-Service, Paris, 1995.

BOISTER Neil / CURRIE Robert J. (eds), **Routledge Handbook of Transnational Criminal Law**, Routledge Handbooks, New York, 2015.

BOISTER Neil, "International Tribunals for Transnational Crimes: Towards a Transnational Criminal Court?", **Criminal Law Forum**, 23, 2012, ss. 295-318.

BOISTER Neil, "Transnational Criminal Law?", **European Journal of International Law**, 14-5, 2003, ss. 953-976.

BOISTER Neil, "Treaty Crimes, International Criminal Court?", **New Criminal Law Review**, 12, 2009, ss. 341-365.

BOISTER Neil, **An Introduction to Transnational Criminal Law**, Oxford University Press, Oxford, 2012.

CRYER Robert et.all., **An Introduction to International Criminal Law and Procedure**, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.

CRYER Robert, "Drug Crimes and Money Laundering", in SCHABAS William / BERNAZ Nadia (eds), **Routledge Handbook of Criminal Law**, New York, 2010.

CURRIE Robert J., "International and Transnational Criminal Law", Toronto, Irwin, 2010, in BOISTER Neil / CURRIE Robert J. (eds), **Routledge Handbook of Transnational Criminal Law**, New York, 2015.

DAMGAARD Ciara, **Individual Criminal Responsability for Core International Crimes: Selected Pertinent Issues**, Springer, New York, 2008.

DELAPLACE Edouard, "La Torture" in ASCENSIO Hervé (eds), **Droit International Pénal,** Pedone, Paris, 2012.

DONLON Fidelma, "Hybrid Tribunals" in SCHABAS William / BERNAZ Nadia (eds), **Routledge Handbook of Criminal Law**, Routledge, New York, 2010, ss. 85-105.

DUGARD John, "Convention sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid", **United Nations Audiovisual Library of International Law**, http://legal.un.org/avl/pdf/ha/cspca/cspca_f.pdf, Erişim tarihi 06.08.2020.

DUGARD John, "L'Apartheid", in ASCENSIO Hervé (eds), **Droit International Pénal**, Pedone, Paris, 2012.

FIJNAUT Cyrille, "Transnational Crime and the role of the United Nations", **European Journal of Criminal Law and Criminal Justice**, 2000, in BOISTER Neil, "Transnational Criminal Law?", **European Journal of International Law**, 14-5, 2003.

FROUVILLE Olivier de, **Droit International Pénal**, Pedone, Paris, 2012.

JESSUP Philip, **Transnational Law**, Yale University Press, New Haven, 1956, in BOISTER Neil / CURRIE Robert J, **Routledge Handbook of Transnational Criminal Law,** Routledge Handbooks, New York, 2015.

LAROSA Anne-Marie, **Dictionnaire de Droit International Pénal**, PUF, Paris, 1998.

LONDRAS Fiona de, "Terrorism as an international crime", in SCHABAS William / BERNAZ Nadia (eds), **Routledge Handbook of Criminal Law**, New York, 2010.

MARTIN Jean-Christophe, "Le Terrorisme" in ASCENSIO Hervé (eds), **Droit International Pénal**, Pedone, Paris, 2012.

MOMTAZ Djamchid, "La Piraterie" in ASCENSIO Hervé (eds), **Droit International Pénal**, Pedone, Paris, 2012.

MUELLER Gerhard O. W., "Transnational Crime: Definitions and Concepts" in VLASSIS Dimitri / WILLIAMS Phil (eds), **Combating Transnational Crime: Concepts, Activities and Responses**, Frank Cass, London, 2001.

MUELLER Gerhard O. W., "Transnational Crime: Definitions and Concepts", **Transnational Organized Crime**, 4, 1998, in WAGLEY John, "Transnational Organized Crime: Principal Threats and U.S. Responses", **CRS Report for Congress**, 2006.

NADELMANN Ethan, "Global Prohibition Regimes: The Evolution of Norms in International Society", **International Organization**, 44-4, 1990.

OBOKATA Tom, "Human Trafficking" in BOISTER Neil / CURRIE Robert J. (eds), **Routledge Handbook of Transnational Criminal Law**, Routledge Handbooks, New York, 2015, ss.171-187.

ÖKTEM Emre / KURTDARCAN Bleda, **Deniz Haydutluğu ve Korsanlık**, Denizler Kitabevi, İstanbul, 2011.

SLIEDREGT Elies Van, "International Criminal Law: Over-studied and Underachieving?", **Leiden Journal of International Law**, 2016, ss. 1-16.

THAN Claire de / SHORTS Edwin, **International Criminal Law and Human Rights**, Sweet&Maxwell, London, 2002.

VIANO Emilio C., "Globalization, Transnational Crime and State Power: The Need for a New Criminology", **Rivista di Criminologia**, Vol. IV, 2010, ss. 64-85.

WANG Peng / WANG J., "Transnational Crime: It's Containment through International Cooperation", **Asian Social Science**, 5-11, 2009.

CPI

https://www.icc-cpi.int/resource-library/documents/rs-eng.pdf, Erişim tarihi: 06.08.2020.

https://www.icc-cpi.int/Publications/Elements-of-Crimes.pdf, Erişim tarihi: 13.08.2020.

https://www.icc-cpi.int/Publications/Regulations-of-the-Court.pdf, Erişim tarihi: 13.08.2020.

https://www.icc-cpi.int/resource-library/documents/rs-eng.pdf, Erişim tarihi: 06.08.2020.

https://www.icc-cpi.int/resource-library/Documents/RS-Fra.pdf, Erişim tarihi: 13.08.2020.

http://www.iccnow.org/documents/RC_report_fr_web.pdf, Erişim tarihi: 13.08.2020.

https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ADD16852-AEE9-4757-ABE7-9CDC7CF02886/283948/RomeStatuteFra1.pdf, Erişim tarihi: 16.02.2021.

ONU

https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-2&chapter=4&lang=fr, Erişim tarihi: 06.08.2020.

https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201015/volume-1015-I-14861-French.pdf, Erişim tarihi: 06.08.2020.

https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=XVIII-2&chapter=18&clang=_fr, Erişim tarihi: 07.08.2020.

http://www.un.org/fr/terrorism/instruments.shtm, Erişim tarihi: 10.08.2020.

http://www.un.org/french/law/los/unclos/closindx.htm, Erişim tarihi: 10.08.2020.

https://www.ohchr.org/FR/ProfessionalInterest/Pages/SupplementaryConventionAbolitionOfSlavery.aspx, Erişim tarihi: 07.08.2020.

Sénat France

http://www.senat.fr/rap/l09-369/l09-3692.html, Erişim tarihi: 10.08.2020.

Tribunal International du Droit de la Mer

http://www.itlos.org/start2_fr.html, Erişim tarihi: 10.08.2020.

Washington Post

https://www.washingtonpost.com/news/worldviews/wp/2017/03/16/is-israel-an-apartheid-state-this-u-n-report-says-yes/, Erişim tarihi: 14.09.2020.

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2021; 1: 345-365

MUHAREBE ALANINDAN SİVİL DENİZCİLİĞE EN YENİ TRANSFER: GNSS KARIŞTIRMA VE ALDATMASININ KISA TEKNİK VE HUKUKİ ANALİZİ(*)

Dr. Öğr. Üyesi **Bleda R. KURTDARCAN**(**)
Dr. Dz. Albay **F. Kayhan OLGUNGÜL**(***)

Öz: Günümüzde denizcilik sektöründe gerek gemiler gerekse limanlar global seyrüsefer uydu sistemleri (GNSS) bilgilerine bağımlı olarak işlemektedir. Ancak son yıllarda denizde seyrüseferi etkileyecek şekilde yapılan GNSS yayınlarına müdahale (karıştırma ve aldatma) vakalarının belirgin bir biçimde artmış olduğu gözlemlenmiştir. Özellikle deniz trafiğinin yoğun olduğu coğrafyalarda görülen ve denizde seyrüsefer güvenliğini tehdit eden bu durum karşısında öncelikle uluslararası hukukun GNSS kullanımı için öngördüğü rejimin kaynağının tespit edilmesi ve akabinde giderek artan müdahaleler karşısında bu rejim dahilinde alınabilecek hukuki tedbirlerin neler olduğunun belirlenmesi denizde can ve mal emniyeti için büyük önem arz etmektedir. Şu an için sadece teknik ve teknolojik tedbirlerle karşılanmaya çalışılan bu tehdidin yaygınlaşması potansiyeli, konuya ilişkin hukuki çerçevenin de bugünden iyi anlaşılmasını ve eksikliklerinin giderilmesine yönelik çalışmaların başlatılmasın gerektirmektedir.

Anahtar Kelimeler: GNSS, GPS, Zararlı Müdahale, Karıştırma, Denizde Seyrüsefer Güvenliği.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 01.04.2021. Makale Kabul Tarihi: 21.05.2021.

(**) Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı (ORCID no: 0000-0002-0202-3041; *brkurtdarcan@gsu.edu.tr*).

Yazar makalenin yazımı esnasında sağladığı destek için meslektaşı Ar. Gör. Tayanç Molla'ya teşekkürü bir borç bilmektedir.

(***) (ORCID no: 0000-0003-4162-0778).

THE MOST RECENT TRANSFER FROM BATTLEFIELDS TO MARITIME DOMAIN: GNSS JAMMING AND SPOOFING & A SHORT TECHNICAL AND LEGAL ANALYSIS THEREOF

Abstract: Nowadays the functions of vessels, as well as ports are heavily dependent on data provided by Global Navigation Sattelite Services. However, in recent years there has been a disquieting rise in harmful interferences (jamming and spoofing) to the use of GNSS in maritime navigation. Against this dangerous development threatening the safety of navigation at sea, it is important first to determine the source of the legal regime provided under international law for the use of GNSS. Only then will it be possible to identify the legal measures, if any, to be taken in order to ensure the safety of life and property at sea.

Keywords: GNSS, GPS, Harmful Interferences, Jamming, Navigation Safety at Sea.

Küresel Seyrüsefer Uydu Sistemleri (GNSS),[1] uzak yörüngede dünyanın dönüşü ile aynı hızda hareket ederek, bağıl hızı sıfıra yakın olan birden fazla uydunun, dünya üzerinde bulunan alıcı cihazlara sinyal göndermesi ve alıcı cihazların gelen bu sinyallerle konumlarını tespit etmeleri üzerine kurulu bir seyrüsefer yardımcı sistemdir. GNSS uydularının L-bandını kullanarak yaptıkları yayımları alan alıcı cihazlar, uydudan gelen; hassas uydu konumu, hassas uydu atomik zamanı ve merkez uyduya olan bağıl gecikmesi, kod betimlemesi, gibi uydunun kendine ait özelliklerinden matematiksel çözümleme yaparak enlem, boylam, rota, sürat ve irtifa bilgilerini hesaplamaktadır. Aynı anda yüksek kalitede algılanabilen 3 uydu sinyali rota, sürat, enlem ve boylam bilgisini, 4'üncü uydu sinyali ise irtifa değerinin hesaplanmasını sağlamaktadır.

1960'lı yılların başlarında Birleşik Devletler tarafından esas olarak askeri amaçlarla geliştirilen ve 1983 yılındaki New York-Seoul seferini yapan 007 sayılı Kore Havayolları uçağının Sovyetler tarafından düşürülmesinin ardından sivil kullanıma açılan NAVSTAR-GPS,[2] günümüzde en çok kulla-

---

1 Radionavigation Satellite Systems (RNSS) olarak da adlandırılmaktadır.

2 LASKOW Sarah, **The Plane Crash that Gave the Americans GPS**, November 3, 2014, https://www.theatlantic.com/technology/archive/2014/11/the-plane-crash-that-gave-americans-gps/382204/ (erişim tarihi: 02.08.2020).

nılan ve bilinen GNSS sistemi olsa da bu sistemlere günümüz toplumlarında duyulan ihtiyaç GPS (ABD) gibi küresel seviyede hizmet veren Rusya (Glonass), Avrupa (Galileo), Çin (BeiDou) ve Hindistan (IRNSS) sistemlerinin de hayata geçirilmesini beraberinde getirmiştir.

Küresel konumlama sistemlerinden alınan veriler gün geçtikçe daha çok cihaz/sistem tarafından kullanılmakta ve bu sistemlere olan bağımlılık her geçen gün artmaktadır. Gerçekten de günümüz dünyasında bireysel cep telefonlarından etkin tarım yapımına yönelik uygulamalara, elektrik iletim sistemlerinden bankacılık ve finans sektörüne, hava, deniz ve kara taşımacılığı ve arama-kurtarma operasyonlarından askeri faaliyetlere kadar birçok ulusal kritik altyapı ya da faaliyet olarak kabul edilen sayısız alan GNSS tarafından sağlanan hassas konum, seyir ve zaman (*Positioning, Navigational, and Timing*-PNT) bilgisine ihtiyaç duymaktadır.[3]

Bununla birlikte son çeyrek yüzyıllık süre içerisinde gerek özel gerekse kamu sektöründe, hem askeri hem de sivil alanda artan GNSS bağımlılığının doğal sonucu ise bir hasmın savaş ve/veya barış zamanında bu bilgilere ulaşımının engellenmesi, zorlaştırılması ya da eriştiği bilgilerin manipüle edilerek onun yanlış yönlendirilmesi ile elde edilecek avantajın da aynı oranda artmış olduğu algısının yerleşmesi olmuştur. Özellikle son yıllarda küresel konumlama sistemlerine yönelik yapılan müdahale (karıştırma ve aldatma) vakalarının belirgin bir biçimde artmış olduğu gözlemlenmiş,[4] GNSS müdahaleleri yıkıcı ve etkili bir stratejik tehdit haline gelmiştir.[5] Günümüzde GNSS yayınlarına yönelik müdahaleler devletler kadar devlet dışı aktörler için de devletlere karşı saldırmak ya da bunların iç işlerine karışmak ya da belirli bir siyasi amaca yönelik olarak taciz ve provokasyon yaratmak için en elverişli yöntemlerden birini teşkil etmektedir. Nitekim GNSS sinyallerine müdahale askeri alanda elektronik harp (*Electronic Warfare*-EW) başlığı altında yeni bir alt başlığın açılmasını ve genel olarak "konum, seyir ve zaman bilgisine yönelik üstünlüğü sağlamak amacıyla icra edilen eylem ve/veya teknik araçlar" olarak

---

[3] HENRI Yvon, MATAS Attila, "RNSS and the ITU Radio Regulations", **InsideGNSS**, Jan/Feb 2018, s. 32; LYALL Francis, LARSEN Paul, **Space Law, A Treatise**, Ashgate, Burlington, 2009, ss. 389-390.

[4] MEDINA Daniel / LASS Christoph / PEREZ MARCOS, Emilio / ZIEBOLD Ralf vd., "On GNSS Jamming Threat from the Maritime Navigation Perspective", **ResearchGate Conference Paper**, July 2019, s. 1, https://www.researchgate.net/publication/334146778_On_GNSS_Jamming_Threat_from_the_Maritime_Navigation_Perspective (erişim tarihi: 11.08.2020).

[5] Benzer yönde bkz. C4ADS, **Above US Only Stars: Exposing GPS Spoofing in Russia and Syria**, 2019, s. 3.

tanımlanan NAVWAR'ın ihdas edilmesini gerekli kılmıştır.[6] Zira GNSS sadece sivil gemilerde değil, askeri gemilerde de yoğunlukla kullanılan ve gemilerin doğrudan duruş (bekasına) ve harp (vuruş) gücüne etki etmekte; otomatik seyrüsefer (oto pilot) sistemlerinden silah sistemlerine, muhabere sistemlerinden data link sistemlerine, Elektronik Harita Serileme ve Bilgi Sistemlerinden Küresel Denizcilik Tehlike ve Güvenlik Sistemlerine kadar pek çok sisteme rota, sürat ve konum bilgisi sağlamaktadır.

GNSS yayınlarına müdahaleler arasında son yıllarda öne çıkan ise denizde seyrüsefere sistemlerine yönelik GNSS yayınlarına yapılanlardır. Bu çalışma, dünya çevresinde farklı coğrafyalarda giderek daha yoğun şekilde etkisi hissedilen; potansiyel etkileri sebebiyle de deniz güvenliğine ve seyir emniyetine ciddi bir risk teşkil eden bu müdahalelerin teknik ve hukuki boyutunu ele almaktadır.

I. DENİZ SEYRÜSEFERİNDE GNSS

Uluslararası sivil denizcilikte radyo seyrüseferin kullanımının standartlaşmasına yönelik hukuki düzenlemeler Uluslararası Denizcilik Örgütü (International Maritime Organization-IMO)'nun 1948 tarihli SOLAS Konvansiyonu'na kadar gitmektedir. Nitekim bu sözleşmenin seyrüsefer güvenliği başlıklı V. bölümü altındaki 14. Düzenleme, devletlere kıyıları boyunca gerekli gördükleri şekilde denizde seyrüsefere yardımcı olacak, radyo yol gösterici vericiler ve diğer elektronik seyrüsefer yardımcıları kurma ve işletme yükümlülüğü getirmekte iken, 12. düzenleme de uluslararası seyir yapan belirli tonajlardaki gemilere, bu radyo yol göstericilerden gelen sinyallerin yönlerini tespit etmek suretiyle denizde emniyetle seyir yapmalarını sağlamaya yardımcı olacak radyo yön göstericilerin taşınmasını gerekli görmüştür.[7] Radyo seyrüsefer sistemlerinin 1960 ve 70'li yıllardaki gelişimi (LORAN C ve Diferansiyel OMEGA) ve buna paralel olarak daha hassas bir mevkilendirme yapılabilmesi,[8] IMO'nun denizcilik ve seyrüsefer emniyeti

---

6 "Spoofing and Jamming, Reasons why Global Navigation Receivers can lie, or die", **RNZAF Air Power Dev. Centre Bulletin**, issue 22, July 2018, http://www.airforce.mil.nz/downloads/pdf/apdc/tematataua-22-gnssspoofingandjamming.pdf (erişim tarihi: 23.08.2020);

NATO'nun 2004 tarihli STANAG 4621 belgesi doğrudan NAVWAR üzerinedir.

7 YAMADA Hiroyoki, "IMO and the GNSS: Navigating the Seas", **InsideGNSS**, September/October 2017, s. 40.

8 Başlangıçta sadece askeri kullanım için tahsis edilen Omega'nın dünya çapında kullanılan ve konumlandırmada 4 deniz miline (!) kadar hata payına sahip kara konuşlu radyo seyrüsefer

açısından bu teknolojilerdeki son gelişmelerin denizcilik için uygun standartlar altında gemilere entegre edilmesini yükümlülük altına sokacak yeni düzenlemeler konusunda çalışmasını da beraberinde getirmiştir. 1970'li yıllarda geliştirilmeye başlanan uydu tabanlı radyo seyrüsefer sistemlerini de takibe alan IMO, bu teknolojilerin denizcilik emniyeti için gerekli hassaslık, doğruluk, güvenilirlik ve kapsama alanına erişmesinin akabinde GNSS'leri, 2002 yılında yürürlüğe giren SOLAS'ın gözden geçirilmiş V. Bölümü çerçevesinde, gemilere seyirleri boyunca otomatik pozisyon bilgisi verecek ve bunu güncelleyecek bir seyrüsefer güvenliği aracı olarak zorunlu hale getirmiştir.[9]

Bugün gelinen noktada denizcilik sektöründe gerek gemiler gerekse limanlar GNSS bilgilerine bağımlı olarak işlemektedir.[10] Zaman içerisinde geliştirilen, genel kullanıma açılan ve yaygınlaşan RNS'lere rağmen GNSS'lerin kullanılmaya başlanmasına kadar denizde konumlandırma esas olarak astronomik seyir teknikleri kullanılmak suretiyle gök cisimlerinin ufuk çizgisinden olan yükseklik açıları ölçülerek 5-15 deniz millik hatalarla yapılabilmekteydi. Bugün GNSS sayesinde bu konumlandırma 5-10 metrelik hata paylarıyla hesaplanabilmektedir.

GNSS, yüksek doğrulukta bir konumlama bilgisi sunarken aynı zamanda bir geminin normal işleyişinde önemli bir rol üstlenmektedir.[11] Kullanım alanları incelendiğinde, GNSS'in; seyir radarları, elektronik pusula (cayro), elektronik haritalar vb. seyrüsefer sistemlerinde, insansız deniz araçlarında, liman konteynır yönetimi sistemlerinde, otomatik seyrüsefer sistemlerinde, Küresel Deniz Tehlike ve Emniyet Sistemi (*Global Maritime Distress and*

---

sistemi olarak sivil kullanıma da açılması 12 yıl almıştır. LORAN C'nin ise dünya çapında kapsama alanına sahip olmasa da yaklaşık 500 metreye kadar bir doğrulukla pozisyonlama yapabilen bir askeri sistemden uluslararası kullanıma açık bir sisteme geçiş süreci yaklaşık 30 yıllık bir dönemi kapsamaktadır. EPSTEIN Jonathan, "Global Positioning System (GPS): Defining the Legal Issues of Its Expanding Civil Use", **Journal of Air Law and Commerce**, Volume 61, Issue 1, 1995, ss. 272-273.

9 YAMADA, ss. 41-42.

2002 yılında yürürlüğe giren SOLAS V. Bölüm, 19 no'lu düzenleme, 2.1.6. madde altında tüm gemilerin GNSS ya da muadili bir kara konuşlu radyo navigasyon alıcısı ile donatılmasını zorunlu kılmıştır. **SOLAS Chapter V, Safety of Navigation, Reg. 19.2.1.6.**

http://www.imo.org/en/OurWork/facilitation/documents/solas%20v%20on%20safety%20of%20navigation.pdf (erişim tarihi: 31.07.2020).

10 YAMADA, s. 40.

11 MEDINA et al., s. 1.

Safety System-GMDSS)[12] kapsamında kullanımı zorunlu olan Otomatik Tanımlama Sistemlerinde (Automatic Identification System-AIS), özellikle sondaj platformları ile Arama ve Kurtarma Gemilerinde Kullanılan geminin otomatik sabitleme sistemlerinde, uydu haberleşme ve canlı görüntü aktarım sistemlerinde ve askeri maksatlarla kullanılan atış kontrol sistemlerinde yoğunlukla kullanılmakta olduğu görülmektedir. Gerçekten de özellikle seyir halindeki gemilerde GNSS bilgilerinin kesilmesi, geminin seyir radarlarına, cayroya (elektronik pusula) bağlı sistemlere ve elektronik harita ekran ve bilgi sistemine ((W)ECDIS) bu bilgilerin girilememesini, bunun neticesinde de denizde konum bilgisinin, cayro sürat bilgilerinin, ve (W)ECDIS üzerinde çatma/çatışmadan kaçınma yeteneğinin kaybedilmesini beraberinde getirmektedir.[13] Gelişen bilgi teknolojileriyle birlikte bazı gemilerin entegre köprüüstü (*Integrated Bridge System*-IBS)[14] sistemine sahip olması tehlikenin boyutunu artırmaktadır. Bu durum ise GNSS sinyallerine müdahale halinde sistemin köprüüstündeki vardiya zabitine bilgi vermeden otomatik olarak geminin yön ve rotasının bu müdahale edilen bilgilere göre değişmesine neden olarak çok tehlikeli sonuçlara yol açabilme riski taşımaktadır.[15] Deniz trafiğinin yoğun olduğu bölgelerde, özellikle görüş şartlarının zayıf olduğu dar ve yoğun deniz trafiğine sahip boğazlar ve suyollarında GNSS sinyallerine müdahale edilerek manipüle edilmesi ve kolaylıkla göze çarpmayacak hatalar yaratılması telafisi mümkün olmayan sonuçlar doğurabilecektir.[16] GNSS sinyallerine müdahale neticesinde PNT bilgilerinin kesilmesi ya da manipülasyonu kıyıdaki gemi trafik sistemi (VTS) için de olumsuz

---

[12] Küresel Denizcilik Tehlike ve Güvenlik Sistemi- denizde ortaya çıkan tehlikelerde kara esaslı iletişim sistemlerinin de kullanılarak kurtarma birimlerini otomatik olarak uyaran, arama ve kurtarmayı otomatik olarak hızla temin eden uluslararası sistemdir. Bu işlevi gerçekleştirmek için yeryüzü ve uydu telsiz iletişim teknolojileri ile gemilerdeki telsiz iletişim sistemleri kullanılır.

[13] YAMADA, s. 40; Benzer yönde bkz. MEDINA et al., s. 1.

[14] Köprüüstünde kullanılan, Seyir Radarı, (W)ECDIS, otopilot, dinamik mevkilendirme sistemi, gemi kontrol, kapalı devre kamera sistemi, seyir sistemine bağlı iskandil, parakete, rüzgar sensörleri vb. sensör ve indikatörler arasında fonksiyonel entegrasyon imkanı sağlayan ve istendiğinde Gemi Veri Dağıtım, Savaş Yönetim, Entegre Platform ve İzleme, Entegre Muhabere, GMDSS ve Gemi Bilgi vb. sistemlere arayüz sağlayabilen entegre seyrüsefer sistemidir.

[15] GRANT Alan / WILLIAMS Paul / WARD Nick et al., "GPS Jamming and the Impact on Maritime Navigation", **Journal of Navigation**, vol. 62, no. 2, April 2009, ss. 175-176.

[16] **GPS jamming: Keeping the ships on the 'strait' and narrow**, July 21, 2016, https://www.nottingham.ac.uk/news/pressreleases/2016/july/gps-jamming-keeping-ships-on-the-strait-and-narrow.aspx (erişim tarihi: 12.08.2020); Benzer yönde bkz. WESTBROOK Tegg; "The Global Positioning System and Military Jamming: The geographies of electronic warfare", **Journal of Strategic Studies**, Vol. 12, No. 2, 2019, s. 8.

sonuçlar doğuracaktır. GNSS temelli Otomatik Tanımlama Sistemi (*Automatic Identification System*-AIS)'den gelen bilgilerle desteklenerek kıyıda oluşturulan deniz resminin ve buna dayanarak elde edilen durumsal farkındalığın gerçek durumdan (radarlarla ya da elektro-optik sistemlerle tespit edilenden) farklı olması, özellikle deniz trafiğinin yoğun olduğu limanlar ve bunlara yakın sularda tehlikeli sonuçlar doğurabilecek bir karışıklığa ve belirsizliğe yol açabilecektir.[17]

Her ne kadar gemiler pozisyon bilgilerini elde etmek için sadece GNSS'e bağımlı olmasa ve radar, pusula, sekstant ve karaya konuşlu radyo seyrüsefer sistemleri gibi diğer araç ve yöntemlere sahip olsalar da mürettebatın devamlı olarak GNSS'e yayınlarına bir müdahale olup olmadığını tespit etme ve bahsedilen konvansiyonel sistemleri etkinlikle kullanabilme olasılığı gerçekçi bulunmamaktadır. Birleşik Krallık tarafından sunulan seyrüsefer yardımı hizmetlerinden sorumlu olan Birleşik Krallık ve İrlanda Genel Deniz Feneri Otoritesi tarafından yapılan tecrübeler neticesinde elde edilen bulgularda da vurgulandığı üzere günümüzde GNSS ve özellikle de Amerikan GPS, denizcilikte en temel PNT bilgisi sağlayıcısı olarak kullanılmaktadır. Denizciler GPS'in kusursuz işlemesine şartlandırılmışlardır. Bu durumun sonucu olarak bu bilgilerin kesildiği ya da bunlara müdahale olduğu durumlarda bunun farkına varmakta ve/veya alternatif seyrüsefer ve durumsal farkındalık yöntemlerine geçmekte zafiyet gösterilmesi muhtemeldir.[18] Gerçekten de deniz taşımacılığında dünya çapında yaşanan kaza ya da ciddi olayların yarısından fazlasının seyrüsefer hatasından kaynaklandığı bilinmekte, bu hataların büyük kısmının da kullanıcının GNSS bilgilerine gereğinden fazla güvenden duyması neticesinde oluştuğu düşünülmektedir.[19]

GNSS'e olan bağımlılık ve güven ile buna bağlı olarak ortaya çıkan seyir emniyetine yönelik tehditler dikkate alındığında son 5-6 yılda sayısı, yoğunluğu ve uygulandığı coğrafi alanlar giderek çeşitlenen denizde seyrüseferi etkileyecek şekilde yapılan GNSS yayınlarına müdahalelerin arz ettiği önem bir kez daha ortaya çıkmaktadır.

---

17 GRANT et al., ss. 185-186.

18 *Ibid.*

19 GLOMSVOLL Oeystein / BONENBERG Lukasz, "GNSS Jamming Resilience for Close Shore Navigation in the Northern Sea", **Journal of Navigation**, vol. 70, 2017, ss. 34-35.

II. TEHLİKELİ BİR TREND: DENİZ SEYRÜSEFERİNDE KULLANILAN GNSS'E MÜDAHALE

GNSS'in en az uyduyla en kapsamlı ve etkin hizmeti verebilmeleri için dünya yüzeyinden ortalama 20000 km yukarıda, Orta Dünya Yörüngesinde konuşlanmaları sebebiyle bunlardan gönderilen sinyaller 10-16 Watt gibi düşük bir güçle yeryüzündeki alıcılara ulaşmaktadır. Bu durum, dünyada GNSS sinyallerinin yayınlandığı frekansta yapılan yayınların kolaylıkla GNSS sinyallerine müdahale etmesi sonucunu doğurmaktadır. Dolaysıyla GNSS yayınlarına planlanmış (duyurulmuş tatbikat ya da bakım amacıyla) ya da arızı olarak yapılan müdahaleler sık karşılaşılan ve pek tehlike arz etmeyen bir durum teşkil etmekte; kasten yapılan müdahalelerin kapsamı ve yoğunluğu ise karıştırma ve aldatma teknolojilerinin gelişmesi ve yaygınlaşması ile birlikte giderek artmakta ve arz ettiği tehdit daha ciddi hale gelmektedir.[20]

Küresel konumlandırma sistemlerine yapılan bilinçli saldırılar genel itibariyle GNSS karıştırması ve GNSS aldatması olmak üzere iki başlıkta incelenmektedir. GNSS karıştırılması; hedef alıcı cihaza yönlendirilen ve alıcının gürültü seviyesinin artırarak, uygulanan gürültü ile gerçek sinyalin ayırt edilememesinin ve böylelikle alıcının konum bilgisinin üretilememesin sağlanması olarak açıklanmaktadır. Başka bir deyişle GPS karıştırması, GPS alıcısının doğru sinyali alamayacak şekilde sağırlaştırılmasıdır.[21] GNSS aldatması ise; alıcıya uydudan beklediği sinyalin manipülasyona uğratılarak, istenilen özellikteki bilginin enjekte edilmiş bir sürümünün, sanki uydudan gelen gerçek veriymiş gibi gönderilmesidir. GNSS alıcısı sinyalde kodlanmış bilginin doğru formatta gelip gelmediği ile ilgilenmektedir. GNSS cihazı kendisine uygun formatta ve yeterli güçte gelen sinyali çözerek, kullanıcıya sunmaktadır. Özetle aldatma, GNSS alıcısına gerçek GNSS sinyali formatında gönderilen hatalı konum, rota ve sürat bilgisini içerir. Bu sinyali alan kullanıcı, kendisini farklı bir konumda, hatalı rota ve sürat bilgisi ile takip eder.[22,23,24]

---

[20] GNSS sinyalinin dünyaya erişimdeki gücü 60 wattlık bir ampulün yaydığı ışığın yaklaşık 3500 km öteden alınması haline denk gelmektedir. bkz. **National PNT Advisory Board Comments on Jamming the Global Positioning System - A National Security Threat: Recent Events and Potential Cures**, November 4, 2010, ss. 3-5.

[21] BORIO Daniele / DOVIS Fabio / KUUSNIEMI Heidi et al., "Impact and detection of GNSS jammers on consumer grade satellite navigation receivers", **Proceedings of the IEEE**, vol. 104, no. 6, June 2016, ss. 1233-1245.

[22] KAPLAN Elliott D., HEGARTY, Christopher, **Understanding GPS: principles and applications**. Artech house, Boston, 2005.

Karıştırma teknikleri aldatma tekniklerine göre daha basit elektronik devreler, daha az güç ve istihbarat bilgisi gerektirmektedir. Bir GNSS alıcısını karıştırmak maksadıyla; bölgede gürültü uygulanması durumunda, uygulanan gürültünün gücü, bant genişliği ve niteliği önem kazanmaktadır. GNSS frekansında yüksek güçle yapılan karıştırma etkisi, alıcıların GNSS sinyallerini tespit etmelerini zorlaştırmaktadır. Gürültü karıştırması, ortama GPS frekansında ve alıcı bant genişliğine yakın bir aralıkta, yayılım yapılmasıdır. Karıştırıcılar genellikle sinyal gücünün üzerinde bir çıkış yapabildikleri bölgelerde alıcıların GPS sinyallerini almalarını engellemektedir. Bir bölgede karıştırıcıların etkin olduğu durumda, "*GPS Denial Zone*" olarak tabir edilen GPS kör sahaları oluşabilmektedir.

Karıştırıcı/aldatıcı sistemlerin temelde iki amacı vardır. Bunlardan biri hedef kullanıcıların seyrüsefer yardımcısı kullanmasını kısıtlamak, diğeri ise herhangi bir birliğin veya harekâtın gizliliğini sağlamaktır. İlkinde aldatma teknikleri kullanılırken ikincisinde genellikle karıştırma metotlarına başvurulmaktadır.[25,26] GNSS'in askeri ve sivil araçlar (özellikle de kullanımı giderek artan insansız hava araçları) tarafından hava ve denizde hassas seyrüsefer için kullanılan temel yöntem olmasından dolayı son yıllarda askeri operasyonların ya da tatbikatların icra edildiği veya sınır ya da ülkesel uyuşmazlıkların yaşandığı coğrafyalarda 3. devletleri etkileyecek şekilde kasten ya da askeri operasyonların bir arızi etkisi olarak, GNSS sinyallerine müdahale edilmesi sık karşılaşılan bir uygulama teşkil etmektedir.[27] GNSS karıştırmasında kullanıcı tarafından alınan sinyaller müdahale eden istasyon tarafından daha güçlü bir sinyalle baskılanarak, GNSS cihazına gelen sinyallerin bozulması, böylelikle cihazın ve dolayısıyla beslediği sistemlerin tamamen veya kısmen işlevsiz hale getirilmesi amaçlanmaktadır.[28] GNSS aldatmasında ise; bir geminin planlı rotası dışında

---

[23] HUMPHREYS Todd E. / LEDVINA Brent M. / PSIAKI, Mark L. et al., "Assessing the spoofing threat: Development of a portable GPS civilian spoofer", **in Radionavigation Laboratory Conference Proceedings**, 2008.

[24] MONTGOMERY Paul Y. / HUMPHREYS Todd E. / LEDVINA Brent M., "A multiantenna defense: Receiver-autonomous GPS spoofing detection", **Inside GNSS**, vol. 4, no. 2, 2009, ss. 40-46.

[25] PULLEN Sam / GAO Grace Xingxin, "GNSS jamming in the name of privacy: Potential threat to GPS aviation", **Inside GNSS**, vol. 7, no. 2, 2012, ss. 34-43.

[26] PULLEN Sam / GAO Grace / TEDESCHI Carmen et al., "The impact of uninformed RF interference on GBAS and potential mitigations", **Proceedings of the 2012 International Technical Meeting of the Institute of Navigation (ION ITM 2012)**, Newport Beach, CA, 2012, ss. 780-789.

[27] WESTBROOK, s. 7.

[28] COFFED, Jeff; **The Threat of GPS Jamming: The Risk to an Information Utility**, January 2016, https://www.harris.com/sites/default/files/downloads/solutions/d0783-0063_threatofgpsjamming_v2_mv.pdf (erişim tarihi: 01.09.2020).

seyrettirmesi, sığlık veya döküntü gibi seyir tehlikelerine doğru yönlendirilmesi, konteynır yönetiminde kullanılan otomasyon sistemleri hedeflenerek liman faaliyetlerinin engellenmesi, gemide bulunan değerli yükün kaçırılması maksadıyla geminin istenen bir mevkiye intikal ettirilmesi, güvenlik güçleri veya askeri unsurlar tarafından kullanılan insansız hava araçlarının seyrüsefer güvenliği tehdit edilerek, askeri faaliyetlerin veya denizden kaçakçılık, yasadışı balıkçılık vb. illegal faaliyetlerin gizlenmesi, denizde yapılan askeri faaliyetlerin engellenmesi veya sekteye uğratılması,[29] uydu zamanını kullanan şifreli (kripto) haberleşme sistemlerinin kullanımının engellenmesi vb. amaçlanmaktadır.

Geçmişte on binlerce dolar maliyeti bulunan ve ağırlıkları nedeniyle taşıması oldukça güç olan GNSS karıştırma ve aldatma cihazları, son on yılda teknolojinin gelişmesi ile küçülmüş ve ucuzlamıştır.[30] Bugün aldatma için ihtiyaç duyulan kodlar açık kaynaklardan erişilebilir hale gelmiştir.[31]

NATO ve ticaret bahriyesi arasında bir köprü vazifesi gören ve deniz ticaretine ilişkin bilgilerin NATO makamlarına aktarılmasında öncelikli irtibat noktası olarak kabul edilen *NATO Shipping Center* (NATO Deniz Ticareti Merkezi) (NSC) da Akdeniz'de siber güvenlik konusuyla yakından ilgilenmektedir. NSC'ye göre başta GNSS ve OTS (Otomatik Takip Sistemi) cihazlarına yönelik olmak üzere, Doğu Akdeniz'de 2018 yılından itibaren artan bir oranda elektronik müdahaleler (elektronik karıştırma veya aldatma) görülmektedir. Tespit edilen bu müdahaleler çerçevesinde NSC bu faaliyetlerin detaylarını içeren ayrıntılı bir resim ve müdahalelerin deniz güvenliğine olan etkilerini ortaya koyabilmek maksadıyla; ticaret gemilerinin Akdeniz'de seyir yaptıkları sürelerde maruz kaldıkları müdahaleleri; zaman, konum, müdahale süresi, müdahalenin seyrüsefer ve iletişim cihazlarına olan etkisi vb. detaylarla bildirmelerini talep etmiştir.[32] NSC'nin bu talebi sonrasında, Müttefik Deniz Kuvvetleri Komutanlığına (HQ MARCOM), sorunun boyutları ve potansiyel tehlikelerin neler olabileceği konularını aydınlatan birçok rapor ulaşmıştır. Müdahaleye maruz kalan gemilerin mevkileri incelendiğinde, müdahalelerin; Mersin güneyi, Kıbrıs Adası güneyi, Lübnan

---

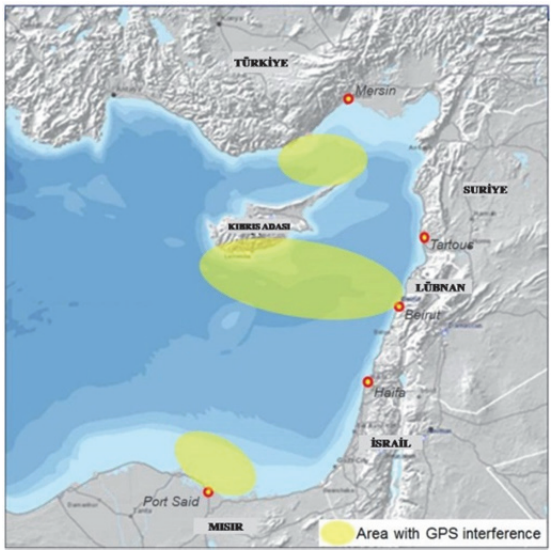
29 MEDINA et al., s. 1.

30 Denizcilikte GNSS yayınlarına yönelik kasten yapılan müdahalelerin azımsanmayacak bir kısmı, kişisel korunma aracı (PPD) olarak adlandırılan ve AIS bilgilerini engellemeye yönelik olarak genellikle kaçak balıkçılıkta kullanılan bireysel ve etki alanı çok kısıtlı karıştırıcılardan kaynaklanmaktadır. *Ibid.*

31 C4ADS, s. 13.

32 Detaylar için bkz. https://shipping.nato.int/nsc.

açıkları ve Port Said (Mısır) yaklaşma sularında (Harita-1) yoğunlaşmakta olduğu görülmektedir.[33,34]



Harita 1: Doğu Akdeniz Müdahalenin Yoğunlaştığı Bölgeler[35]

Rusya Federasyonunun ana karasında ve dışarıda, stratejik alakaları doğrultusunda GNSS müdahale teknikleri özellikle son yıllarda hissedilir şekilde geliştirmiş olduğu, özellikle askeri ve sivil GNSS alıcılarını aldatma, karıştırma ve kullanımını engellemeye yönelik elektronik harp (EW) imkân ve kabiliyetlerini bu yönde geliştirmiş olduğu gözlemlenmektedir.[36] Öyle ki

---

33 **Electronic Interferences Assesment**, https://shipping.nato.int/systems/file_download.ashx?pg=1040&ver=15 (erişim tarihi: 04.08.2020).

34 **MSCI Advisory, 2018-004A-Eastern Mediterranean Sea-Possible GPS Interferance**, https://www.maritime.dot.gov/content/2018-004a-eastern-mediterranean-sea-possible-gps-interferance (erişim tarihi: 04.08.2020).

MSCI Advisory, 2019-005-Eastern Mediterranean and Red Seas-GPS Interference, https://www.maritime.dot.gov/content/2019-005-eastern-mediterranean-and-red-seas-gps-interference (erişim tarihi: 04.08.2020).

35 **Electronic Interferences Assesment**.

36 McDERMOTT Roger N., **Russia's Electronic Warfare Capabilities to 2025: Challenging NATO in the Electromagnetic Spectrum**, International Centre for Defence and Security, September 2017, https://icds.ee/wp-content/uploads/2018/ICDS_Report_Russias_ Electronic_Warfare_to_2025.pdf (erişim tarihi: 17.08.2020). Rus elektronik harp sistemlerinin tam kabiliyetleri karşı tedbir geliştirilmesini engellemek için gizli tutulan bilgiler olsa da kamuoyuna açık bilgiler, GNSS kullanımını engellemek ya da zorlaştırmak için kullanılabilecek sistemlerin R-330Zh Zhitel, Shipovnik-Aero, Samarkand olduğuna işaret etmektedir.

bugün Rusya Federasyonu, belirli bir GNSS uydu sistemini hedeflemeksizin Ukrayna[37] ve Suriye[38] gibi itilaflı bölgelerde geniş ölçülerde GNSS sinyallerinin kullanılamadığı sahalar oluşturabilmektedir.

Nitekim Kore yarımadasından Güney Çin Denizi'ne, Doğu Akdeniz'den Karadeniz ve Barents Denizi'ne kadar birçok bölgede sivil hava ve deniz araçlarını etkileyen olaylar tecrübe edilegelmektedir.[39] Sadece 2016 Şubatı'ndan 2019 yılı ortasına kadar Karadeniz ve Doğu Akdeniz'de gemi mürettebatı tarafından fark edilerek rapor edilen 9883 vakıa tespit edilmiştir.[40] 2017 yılında Karadeniz'de yaşanan GNSS müdahalesinin kapsamı ilk kez bir ulusal denizcilik idaresinin konu hakkında uyarı yayınlamasını gerektirecek seviyeye ulaşmıştır.[41]

Tecrübeler ışığında, GNSS sistemlerine yönelik yapılan müdahalenin engellenmesi mümkün görülmediğinden, yapılan bu müdahaleler etkinliğinin azaltılmasına yönelik birtakım tedbirlerin alınabileceği değerlendirilmektedir. Bunlardan bazıları, denizcilik sektöründe çalışan kişilerin GNSS müdahalelerine yönelik farkındalıklarının artırılması, küresel seviyede hizmet veren farklı uydu sistemlerinden sinyal alabilen GNSS cihazlarının kullanılması, konvansiyonel seyrüsefer yöntemleri kullanılarak öncelikle müdahalenin kısa zamanda tespitine yönelik ilgili personelin eğitim seviyelerinin artırılması ve GNSS sinyallerine müdahalenin tespit edilmesi ile kılavuz seyri, sahil radarları, astronomik seyir, parakete seyri vb.) konvansiyonel seyrüsefer yöntemleri kullanılarak seyrüsefer emniyetinin en üst düzeyde idame edilmesi önem göstermektedir.

III. GNSS YAYINLARINA MÜDAHALENİN HUKUKİ BOYUTU

Denizde seyrüsefer ve kişi emniyeti için birincil yöntem teşkil eder hale gelmiş GNSS-GPS yayınlarına müdahalenin yarattığı tehlikelere dikkat çeken devlet, sivil toplum örgütü ve akademik çevre kaynaklı tespitler ve açıklamalar, bu derece ciddi addolunan müdahalelerle mücadele etmek için ön-

---

37 OSCE Special Monitoring Mission to Ukraine, **Latest from the OSCE Special Monitoring Mission to Ukraine (SMM), based on information received as of 19:30, 19 January 2017, Last modified January 20 2017**, https://www.osce.org/ukraine-smm/294856 (erişim tarihi: 19.08.2020).

38 McDERMOTT.

39 WESTBROOK, ss. 6-9; Spoofing and Jamming, Reasons why Global Navigation Receivers can lie, or die.

40 Basına yansıyan olayların sayısı 500 kadar olmakla birlikte, detaylı bir veri incelemesi neticesinde GNSS yayınlarına müdahalenin çok daha kapsamlı ve yoğun olduğu ortaya çıkarılmıştır. bkz. C4ADS, s. 15.

41 *Ibid.*, s. 14.

görülmüş belirli ve (kısmen de olsa) etkin bir hukuki rejimin yürürlükte olduğu ya da olması gerektiği algısını doğurabilir. Ancak aşağıda kısaca ortaya konulacağı üzere durum sanılandan farklıdır.

Yukarıdaki satırlarda da ifade edildiği üzere her ne kadar çok önemli askeri amaçlarla kullanılıyor olsa da GNSS günümüzde çok büyük oranda sivil amaçlara hizmet etmektedir. Bununla beraber bölgesel ya da küresel seviyede uluslararası kullanıma açılan bu sistemleri doğrudan düzenleyen uluslararası hukuk kuralları çok azdır.[42] Var olan kurallar da uydu temelli ve radyo dalgaları aracılığıyla bilgi ileten bir sistem olduğu cihetle GNSS yayınlarına yönelik müdahalelere ilişkin hukuki rejim öncelikle uluslararası telekomünikasyon hukukunda aranmalıdır.[43] Nitekim bu hukuku kendi çatısı altında geliştiren Uluslararası Telekomünikasyon Birliği (*International Telecommunication Union*-ITU), Birleşmiş Milletler'in telekomünikasyon ve bilgi teknolojileri için uluslararası koordinasyonun sağlanmasından sorumlu olan teknik ajansı olarak çeşitli hizmetlere yönelik olarak kullanılacak küresel radyo frekansı spektrumlarını ve dünya çevresine konuşlandırılacak uyduların yörüngelerini tesis ve tayin eden, iletişim ve bilgi teknolojilerinin ve ağlarının birbirlerine kusursuz şekilde bağlanmasını sağlamaya yönelik standartlar geliştiren ve bunları yaparken de esas amacı küresel iletişimin müdahale ya da enterferans (müdahale/karışma/parazitlenme) olmaksızın sorunsuz bir şekilde işlemesini sağlamak olan örgüttür.[44]

ITU'nın kuruluş yasası (*Constitution*-CS) telekomünikasyonu "her türlü işaret, sinyal, yazı, görüntü ya da başka türde bir bilginin, kablo, radyo, optik ya da diğer elektromanyetik sistemler kullanılarak aktarımı, yayını ya da kabulü" olarak tanımlamaktadır.[45]

---

[42] LARSEN Paul, "International Regulation of Global Navigation Satellite Systems", **Journal of Air Law and Commerce**, vol. 80, no. 2, 2015, ss. 365-366.

[43] Aynı yönde bkz. LYALL, LARSEN, s. 406.

[44] MOUNTIN Sarah, "The Legality and Implications of Intentional Interference with Commercial Communication Satellite Signals", 90 **International Legal Studies** (2014), ss. 133-134; HENRI, MATAS, s. 32; WALDEN Ian; "International Regulatory Law"*, in* Ian Walden (ed.), **Telecommunications Law and Regulation**, 5th edition, Oxford University Press, Oxford, 2018, ss. 811-812.

Detaylar için özellikle bkz. **ITU CS**, art.1/2 a, b,

http://search.itu.int/history/HistoryDigitalCollectionDocLibrary/5.22.61.en.100.pdf (erişim tarihi: 02.09.2020).

[45] **ITU CSAnnex**, para. 1012, http://search.itu.int/history/HistoryDigitalCollectionDocLibrary/5.22.61.en.100.pdf (erişim tarihi: 02.09.2020).

1998 yılında değiştirilen CS madde 45, "amaçları ne olursa olsun tüm istasyonların, diğer üye devletler ya da tanınan işletmeci örgütlerin radyo hizmetlerine ya da komünikasyonlarına zararlı bir müdahale teşkil etmeyecek şekilde kurulup işletilmesi gerektiğini" belirtmektedir.[46]

ITU Telsiz Tüzüğü'ne (*Radio Regulations*-RR) göre *müdahale*, yayın, ışınım ya da indüksiyonlardan biri ya da bunların bir kombinasyonundan kaynaklanan istenmeyen bir enerjinin bir radyo iletişim sistemi tarafından alınması neticesinde oluşan ve sistemin performansını kötüleştiren, böyle bir istenmeyen enerjinin olmaması halinde elde edilecek bilginin yanlış yorumlanmasına ya da kaybolmasına neden olan etkidir.[47]

ITU RR madde 1.169'ya göre *zararlı müdahale* ise bir radyo seyrüsefer sisteminin ya da diğer bir emniyet hizmetinin işlemesini tehlikeye sokan, ya da RR'ye uygun olarak işleyen bir radyo telekomünikasyon hizmetini ciddi şekilde olumsuz etkileyen, engelleyen ya da sürekli olarak kesen bir müdahale çeşididir.[48] ITU rejimi kasıtlı müdahale ile arızi müdahale arasında ayırım yapmamakta, müdahalenin sonucu itibariyle zararlı olması olgusunu dikkate almaktadır. Benzer şekilde zararlı müdahalenin kamu ya da özel istasyonlardan kaynaklanmasına da hukuki bir önem atfedilmemiştir.[49]

Zararlı müdahalenin düzenlemesinde özellikle atıf yapılmasından da anlaşılacağı üzere RR radyo seyrüsefer hizmetlerine özel bir önem atfetmektedir.[50] Nitekim RR frekansların tayini ve kullanımını düzenleyen 4. madde altında, taraf devletlerin radyo seyrüseferin ve diğer emniyet hizmetlerinin can ve mal emniyetine yönelik boyutlarını göz önünde bulundurarak bunların zararlı müdahale olmaksızın işlemesi için özel tedbirlere ihtiyaç duyulduğunu ve frekansların tayin ve kullanımında bu hususu dikkate alacaklarını kabul ettiğini ifade belirtmektedir.[51]

Küresel olarak hizmet veren GNSS'lerin tümü RR madde 11 altında öngörülen uzay ağ frekanslarının tahsisinin MIFR'a (*Master International*

---

46 **ITU CS**, art.45/1.

47 **ITU RR**, art.1.116, https://www.itu.int/pub/R-REG-RR-2016 (erişim tarihi: 03.09.2020).

48 **ITU RR**, art.1.169.

49 BAUMANN Ingo, "GNSS Cybersecurity Threats: An International Law Perspective", **InsideGNSS**, June 2, 2019, https://insidegnss.com/gnss-cybersecurity-threats-an-international-law-perspective/ (erişim tarihi: 26.08.2020).

50 HENRI, MATAS, s. 33.

51 **ITU RR**, art.4.

Frequency Register) kaydedilmesi ve ilan edilmesi şartını yerine getirmiş ve böylece uluslararası tanınmış frekans olarak zararlı müdahalelerden korunma hakkı elde etmiştir.[52]

Yukarıdaki tanımlamalar ışığında GNSS yayınlarının karıştırılması ve aldatılmasına yönelik müdahalelerin hukuken RR altında zararlı (kasti) bir müdahale teşkil ettiği açıktır zira istenmeyen enerji radyo seyrüsefer sisteminin işleyişini tehlikeye atmakta ya da bu sistemin beklenildiği gibi çalışmasını engellemektedir.[53] Bu durumda bu müdahaleler öncelikle ITU RR altında GNSS için tahsis edilen frekansların korunması prensibini ihlalini teşkil edecektir. Ayrıca devletlerin ITU CS madde 6 altında, hukukun genel ilkesi olan '*pacta sunt servanda'* ilkesinin bir yansıması olarak açıkça düzenlenen CS ve RR'den kaynaklanan yüklenimlerine uyma yükümlüğü ile yine CS madde 45 altında öngörülen zararlı müdahaleye sebep olmama yükümlüğünün de ihlali anlamına gelmektedir.[54] GNSS yayınlarına yönelik aldatma ve karıştırma yapılması yukarıda sayılan maddelerin yanında özellikle RR madde 15'te düzenlenen 'istasyonların aşırı güçlü ya da yanlış ya da yanlış yönlendirmeye yönelik sinyal aktarmaması' yükümlülüğünün de açık ihlali olacaktır.[55]

Bu ITU hukukundan kaynaklanan bu yükümlülüklere saygı gösterilmesini temin eden unsur esas olarak devletlerin bu kurallara karşılıklı olarak uyulmasından elde ettikleri yarardır.[56] Bu öngörülen rejime uygun davranmak konusunda devletleri zorlayan hukuk kurallarının bağlayıcılığı ya da beraberinde taşıdıkları yaptırım mekanizması değil doğrudan 'fizik kuralları'dır. Zira ITU rejimine uymayan yayınlar tüm taraflar için zararlı müdahale teşkil edecek ve kimse radyo frekanslarının kullanımı aracılığıyla işleyen hizmetlerden etkin şekilde yararlanamayacaktır.[57] İşte bu temel gerekçe ITU rejiminin özel zorunlu bir uyuşmazlık çözme ve yaptırım mekanizması öngörmemesinin nedenlerinden birini oluşturmaktadır.[58]

---

52 HENRI, MATAS, ss. 32, 38.

53 BAUMANN.

54 Benzer bir tespit için bkz. MOUNTIN, s. 135.

55 *Ibid.*

56 *Ibid.*

57 WALDEN, ss. 819-820.

58 Benzer yönde bkz. JAKHU Ram, SINGH Karan, "Space Security and Competition for Radio Frequencies and Geostationary Slots", **ZLW (German Journal of Air and Space Law)**, 1/2009, s.88.

Son yıllarda artan GNSS yayınlarına müdahalenin öncüllerinin tecrübe edildiği dönemde, yani 2010'lu yılların başında meselenin ciddiyetinin farkında olarak ITU altında CS ve RR'de bazı değişiklikler yapılmıştır. Ancak bunlar üye devletlerin konu hakkındaki yükümlülüklerini kuvvetli bir şekilde vurgulanmasından öteye gitmemekte; bahse konu olan yükümlülüklerin uygulanmasını sağlamaya yönelik etkin mekanizmalar öngörmemektedir.[59]

ITU altındaki GNSS rejiminin, kabul edilen önemine uygun şekilde zararlı müdahaleye maruz kalmaksızın sağlıklı bir şekilde işlemesinin önündeki belki de en önemli engel ITU CS madde 48 ile düzenleme altına alınan ulusal savunma hizmetlerine yönelik önemli istisnadır. Nitekim 48. maddenin 1. bendi taraf devletlerin askeri telsiz istasyonlarına yönelik tam bir serbestiye sahip olduğunu belirtmekte; maddenin 2. bendi ise bu hizmetlerin zararlı müdahaleyi önlemeye yönelik kurallara *mümkün olduğu ölçüde* uyması gerektiğini düzenlemektedir. Böylece "madde 48 askeri hizmetleri ITU kural ve düzenlemeleri kapsamının dışına çıkarmış, ama bunun sonucu olarak da askeri faaliyetlerden kaynaklanan zararlı müdahale sorununun çözümünü de oldukça zorlaştırmıştır (...) (devletlere tanınan) tam serbesti ve 'mümkün olduğu oranda' koşulu askeri gerekliliklerin zararlı müdahaleleri engelleme yükümlülüğünü geçersiz kılabileceği anlamına gelmektedir."[60]

GNSS ve bunların yayınlarının düzenlenmesinde doğrudan konuya özgü kuralları (*lex specialis*) oluşturan ITU rejiminin üzerinde yükseldiği bu hassas denge, günümüzde giderek artan ve uygulamalara bakıldığında çoğu zaman da silahlı çatışma ortamında ya da tehdidi altında kritik tesislerin güvenliği gibi hukuken tanınan askeri gereklilik gerekçesiyle meşrulaştırılmaya müsait durumlarda geniş çaplı ve deniz ve hava ulaşımına etkili GNSS yayını müdahalelerine karşı bu hukuk rejiminin etkin bir koruma sağlamadığı ve sağlayamayacağının temel gerekçesini oluşturmaktadır.

Tüm bu şartlar altında IMO, denizcilik emniyeti ve etkin seyrüseferi sağlamaya yönelik uygulanabilir standartlar geliştirmek için kurulan özel

---

[59] Benzer yönde bkz. MOUNTIN, ss. 136-137.

[60] MOUNTIN, s. 138. Bu maddenin uluslararası telekomünikasyon hukukunda "müdahale etmeme" temel prensibine askeri hizmetler söz konusu olduğunda önemli bir istisna getirdiği hakkında benzer bir görüş için bkz. SCOTT Roger D., "Legal Aspects of Information Warfare: Military Disruption of Telecommunications", **Naval Law Review**, vol. 45, 1998, ss. 62-63. Ayrıca bkz. JAKHU, SINGH, s. 88.

yetkili bir uluslararası örgüt olarak[61] denizde can ve mal emniyetine yönelik tehdit arz eden müdahale sorununa başka bir açıdan yaklaşmaktadır. Nitekim IMO çatısı altında geliştirilen hukuk GNSS yayınlarına müdahale yasağı ve bunun engellenmesine yönelik devlet hak ve yükümlülüklerini düzenlemekten ziyade gemilerin böyle bir müdahaleye maruz kaldığında mümkün olan en emniyetli seyri gerçekleştirmesini sağlayacak teknik ve teknolojik standartları belirlemeye yöneliktir.[62] IMO Denizcilik Emniyeti Komitesi'nin 2015 tarihli MSC 401 (95) sayılı kararı gemi konuşlu radyo seyrüsefer sistemleri alıcılarının çok sistemli olmasını, yani birden çok GNSS yayının alma imkânına sahip olarak artırılmış bir doğruluğa ve en önemlisi arızi ya da kasti müdahaleye karşı daha yüksek dayanıklılığa sahip kılınmasını istemiş ve bu sistemlere ilişkin performans standartlarını saptamıştır.[63] Burada belirlenen çok sistemli radyo seyrüsefer cihazlarına yönelik performans standartları 2017 tarihli MSC 432 (98) sayılı karar ile iyileştirilmiştir.[64]

Bazı uzmanlar denizde GNSS hizmetlerinin güvenliği ve güvenilirliğinin sağlanması için sadece teknik seviyede alınan bu tedbirlerin yeterli olduğunu ve GNSS yayınlarına müdahale ile yaşanacak tehlikenin abartıldığını düşünmektedirler.[65] Bununla birlikte bu uzmanlar da bahsi geçen sistemleri kullanan kişilerin sistemlerin sorunsuz işleyeceğine yönelik bir güvenlik hissine kapılmamaları ve seyrüsefer konusunda denizcilik (ve havacılığın) gerektirdiği dikkat ve teyakkuz durumunu korumaları gerektiğini vurgulamaktadırlar.[66]

---

61 CHIRCOP, Aldo; "The International Maritime Organization", **in the Oxford Handbook of the Law of the Sea**, ROTHWELL Donald, ELFERINK Alex G. Oude, SCOTT Karen et al. (eds.), Oxford University Press, Oxford, 2015, ss. 418-419. Örgütün amaçları için bkz. **Convention on the International Maritime Organization**, madde 1, https://treaties.un.org/doc/Treaties/1958/03/19580317%2005-05%20PM/Ch_XII_1p.pdf (erişim tarihi: 30.07.2020).

62 Bu yöndeki IMO belgeleri ve geliştirilen standartlar için bkz. YAMADA, ss. 41-43.

63 **Resolution Msc.401(95) (Adopted on 8 June 2015) Performance Standards for Multi-System Shipborne Radionavigation Receivers**, md.1.5 vd.,
http://www.imo.org/en/KnowledgeCentre/IndexofIMOResolutions/Maritime-Safety-Committee-%28MSC%29/Documents/MSC.401%2895%29.pdf (erişim tarihi: 15.08.2020).

64 **Resolution Msc.432(98) (Adopted on 16 June 2017) Amendments to Performance Standards for Multi-System Shipborne Radionavigation Receivers (Resolution Msc.401(95))**.
http://www.imo.org/en/KnowledgeCentre/IndexofIMOResolutions/Maritime-Safety-Committee-%28MSC%29/Documents/MSC.432%2898%29.pdf (erişim tarihi: 15.08.2020).

65 DAVENPORT Brandon, GANSKE Rich, **Recalculating Route: A Realistic Risk Asssessment for GPS**, March 11, 2019, https://warontherocks.com/2019/03/recalculating-route-a-realistic-risk-assessment-for-gps/ (erişim tarihi: 09.08.2020).

66 *Ibid*.

IV. SONUÇ YERİNE: ÖZGÜRLÜĞÜN BEDELİ SÜREKLİ TEYAKKUZDA OLMAKTIR

Günümüzde denizde seyrüseferde temel konumlandırma yöntemi olarak kullanılan ve yakın gelecekte yaygınlaşması beklenen insansız deniz ulaştırmasında da daha da önemli bir rol üstlenecek olan GNSS yayınlarının zararlı müdahalelerden korunması konusunda uluslararası hukukun ITU altında öngördüğü rejim denizde can ve mal emniyetinin söz konusu olması dikkate alındığında arzu edilen güvenliği sağlamaktan uzaktır. ITU altındaki rejimin, devletlerin genel olarak ticari bahriyelerinin emniyetli bir seyrüsefer icra edebilme hakkı ile devletlerin askeri/güvenliğe yönelik çıkarlarını koruma arasında hassas bir dengede oluşturulduğu göz önünde tutulduğunda GNSS sinyallerinin karıştırmadan korunması hususunda bu hukuktan daha kuvvetli bir yasak ve bunu destekleyen bir yaptırım mekanizması beklenmemelidir. Devlet uygulamaları, ulusal savunma ve askeri gereklilik ile kapsanmayan yayınlara müdahale hallerinde bile genel uluslararası hukuktan kaynaklanan yüklenimlerin ifa edilmemesi halinde doğacak sorumluluk hukuku mekanizmalarını hayata geçirmekte çekingen davranıldığına işaret etmektedir. "Devletler ya kullandıkları teknolojilerin bu tip müdahalelere karşısındaki zayıflıklarını çok ortaya koymak istememekte ya da kendilerinin de bu tür müdahaleler yapabilmelerinin önünü açık tutmak için net bir hukuki pozisyon almaktan kaçınmaktadırlar."[67] En az bu gerekçeler kadar önemli bir başka husus da özellikle sivil denizciliği etkileyen karıştırmanın kaynağının kolay tespit edilemiyor ve hukuka aykırı olabilecek bu eylemin bir devlete atfedilemiyor olmasıdır.

Elektronik harbin giderek önemli bir muharebe yöntemi olarak ortaya çıktığı bir dünyada elektronik seyrüsefer sistemlerine bağımlılığın giderek artığı ve bir yandan da bu elektronik sistemlere dayanan insansız ulaştırma teknolojilerinin giderek yaygınlaştığı denizcilik sektöründe IMO'nun yaklaşımının GNSS yayınlarına müdahale ve bunun yaratabileceği tehditlere karşı uluslararası hukukun bugün ve yakın gelecekte de getirebileceği en gerçekçi çözüm olarak kalacağı açıktır: Bu müdahalelerinin engellenemeyecek bir olgu olduğu gerçeğinin kabulü ve bunun etkilerini en aza indirecek teknik ve teknolojik standartlar ile en iyi denizcilik usullerinin belirlenip benimsenmesi. Seyrüsefer özgürlüğünün bedeli her zamanki gibi bunu engelleyebilecek olgulara karşı tedbirli olmaktır.

---

[67] MOUNTIN, s.139.

KAYNAKÇA

BAUMANN Ingo, "GNSS Cybersecurity Threats: An International Law Perspective", **InsideGNSS**, June 2, 2019, https://insidegnss.com/gnss-cybersecurity-threats-an-international-law-perspective/ (erişim tarihi: 26.08.2020).

BORIO Daniele / DOVIS Fabio / KUUSNIEMI Heidi et al., "Impact and detection of GNSS jammers on consumer grade satellite navigation receivers", **Proceedings of the IEEE**, vol. 104, no. 6, 2016, ss. 1233-1245.

C4ADS, **Above US Only Stars: Exposing GPS Spoofing in Russia and Syria**, 2019.

CHIRCOP Aldo, "The International Maritime Organization", **in The Oxford Handbook of the Law of the Sea**, ROTHWELL Donald, OUDE ELFERINK, Alex G., SCOTT Karen et al. (eds.), Oxford University Press, Oxford, 2015.

COFFED Jeff, **The Threat of GPS Jamming: The Risk to an Information Utility**, January 2016, https://www.harris.com/sites/default/files/downloads/solutions/d0783-0063_threatofgpsjamming_v2_mv.pdf (erişim tarihi: 01.09.2020).

DAVENPORT Brandon / GANSKE Rich, **Recalculating Route: A Realistic Risk Asssessment for GPS**, March 11, 2019, https://warontherocks.com/2019/03/ recalculating-route-a-realistic-risk-assessment-for-gps/ (erişim tarihi: 09.08.2020).

EPSTEIN Jonathan, "Global Positioning System (GPS): Defining the Legal Issues of Its Expanding Civil Use", **Journal of Air Law and Commerce**, Volume 61, Issue 1, 1995, ss. 243-285.

GLOMSVOLL Oeystein / BONENBERG Lukasz, "GNSS Jamming Resilience for Close Shore Navigation in the Northern Sea", **Journal of Navigation** 70, 2017, ss. 33-48.

GRANT Alan / WILLIAMS Paul / WARD Nick et al.; "GPS Jamming and the Impact on Maritime Navigation", **Journal of Navigation**, Vol. 62, No. 2, 2009, ss. 173-187.

HENRI Yvon / MATAS Attila, "RNSS and the ITU Radio Regulations", **InsideGNSS**, Jan/Feb 2018, ss. 32-39.

HUMPHREYS Todd E. / LEDVINA Brent M. / PSIAKI, Mark L. et al., "Assessing the spoofing threat: Development of a portable GPS civilian spoofer", in **Radionavigation Laboratory Conference Proceedings**, 2008, ss. 2314-2325.

JAKHU Ram / SINGH Karan, "Space Security and Competition for Radio Frequencies and Geostationary Slots", **ZLW (German Journal of Air and Space Law)**, no. 1, 2009, ss. 74-93.

KAPLAN Elliott D. / HEGARTY Christopher, **Understanding GPS: principles and applications**, Artech House, 2005.

LARSEN Paul, "International Regulation of Global Navigation Satellite Systems", **Journal of Air Law and Commerce**, Vol. 80, No. 2, 2015, ss. 365-422.

LASKOW Sarah, **The Plane Crash that Gave the Americans GPS**, November 3, 2014, https://www.theatlantic.com/technology/archive/2014/11/the-plane-crash-that-gave-americans-gps/382204/ (erişim tarihi: 02.08.2020).

LYALL Francis / LARSEN Paul, **Space Law, A Treatise**, Ashgate Publ., Burlington, 2009.

McDERMOTT Roger N., **Russia's Electronic Warfare Capabilities to 2025: Challenging NATO in the Electromagnetic Spectrum**, International Centre for Defence and Security, September 2017, https://icds.ee/wp-content/uploads/2018/ICDS_Report_Russias_ Electronic_Warfare_to_2025.pdf (erişim tarihi: 17.08.2020).

MEDINA Daniel / LASS Christoph / PEREZ MARCOS Emilio vd.; **On GNSS Jamming Threat from the Maritime Navigation Perspective**, ResearchGate Conference Paper, July 2019, https://www.researchgate.net/publication/334146778_On_GNSS_Jamming_Threat_from_the_Maritime_Navigation_Perspective (erişim tarihi: 11.08.2020).

MONTGOMERY Paul Y. / HUMPHREYS Todd E. / LEDVINA Brent M., "A multiantenna defense: Receiver-autonomous GPS spoofing detection", **Inside GNSS**, vol. 4, no. 2, 2009, ss. 40-46.

MOUNTIN Sarah; "The Legality and Implications of Intentional Interference with Commercial Communication Satellite Signals", **International Legal Studies**, no. 90, 2014, ss. 101-197.

PULLEN Sam / GAO Grace / TEDESCHI Carmen et al., "The impact of uninformed RF interference on GBAS and potential mitigations", **Proceedings of the 2012 International Technical Meeting of the Institute of Navigation (ION ITM 2012)**, Newport Beach, CA, 2012, ss. 780-789.

PULLEN Sam / GAO Grace Xingxin, "GNSS jamming in the name of privacy: Potential threat to GPS aviation", **Inside GNSS**, vol. 7, no. 2, 2012, ss. 34-43.

SCOTT Roger D., "Legal Aspects of Information Warfare: Military Disruption of Telecommunications", **Naval Law Review**, Vol. 45, 1998, ss. 57-76.

WALDEN Ian, "International Regulatory Law", in WALDEN Ian (ed.), **Telecommunications Law and Regulation**, 5th edition, Oxford University Press, Oxford, 2018, ss. 791-846.

WESTBROOK Tegg, "The Global Positioning System and Military Jamming: The geographies of electronic warfare", **Journal of Strategic Studies**, Vol. 12, No. 2, 2019, ss. 1-16.

YAMADA Hiroyoki, **IMO and the GNSS: Navigating the Seas**, InsideGNSS, September/October 2017, ss. 40-44.

Diğer Kaynaklar:

Convention on the International Maritime Organization, https://treaties.un.org/doc/Treaties/1958/03/19580317%2005-05%20PM/Ch_XII_1p.pdf (erişim tarihi: 30.07.2020).

Electronic Interferences Assesment, https://shipping.nato.int/systems/file_download.ashx?pg=1040&ver=15 (erişim tarihi: 04.08.2020).

GPS jamming: Keeping the ships on the 'strait' and narrow, July 21, 2016, https://www.nottingham.ac.uk/news/pressreleases/2016/july/gps-jamming-keeping-ships-on-the-strait-and-narrow.aspx (erişim tarihi: 12.08.2020).

ITU CS, http://search.itu.int/history/HistoryDigitalCollectionDocLibrary/5.22.61.en.100.pdf (erişim tarihi: 02.09.2020).

ITU CSAnnex, http://search.itu.int/history/HistoryDigitalCollectionDocLibrary/5.22.61.en.100.pdf (erişim tarihi: 02.09.2020).

ITU RR, https://www.itu.int/pub/R-REG-RR-2016 (erişim tarihi: 03.09.2020).

MSCI Advisory, 2018-004A-Eastern Mediterranean Sea-Possible GPS Interferance, https://www.maritime.dot.gov/content/2018-004a-eastern-mediterranean-sea-possible-gps-interferance (erişim tarihi: 04.08.2020).

MSCI Advisory, 2019-005-Eastern Mediterranean and Red Seas-GPS Interference, https://www.maritime.dot.gov/content/2019-005-eastern-mediterranean-and-red-seas-gps-interference (erişim tarihi: 04.08.2020).

OSCE Special Monitoring Mission to Ukraine, **Latest from the OSCE Special Monitoring Mission to Ukraine (SMM), based on information received as of 19:30, 19 January 2017, Last modified January 20, 2017,** https://www.osce.org/ukraine-smm/294856 (erişim tarihi: 19.08.2020).

Resolution Msc.401(95) (Adopted on 8 June 2015) Performance Standards for Multi-System Shipborne Radionavigation Receivers, http://www.imo.org/en/KnowledgeCentre/IndexofIMOResolutions/Maritime-Safety-Committee-%28MSC%29/Documents/MSC.401%2895%29.pdf (erişim tarihi: 15.08.2020).

Resolution Msc.432(98) (Adopted on 16 June 2017) Amendments to Performance Standards for Multi-System Shipborne Radionavigation Receivers (Resolution Msc.401(95)), 16 June 2017, http://www.imo.org/en/KnowledgeCentre/IndexofIMOResolutions/Maritime-Safety-Committee-%28MSC%29/Documents/MSC.432%2898%29.pdf (erişim tarihi: 15.08.2020).

SOLAS Chapter V, Safety of Navigation, Reg. 19.2.1.6., http://www.imo.org/en/OurWork/facilitation/documents/solas%20v%20on%20safety%20of%20navigation.pdf (erişim tarihi: 31.07.2020).

"Spoofing and Jamming, Reasons why Global Navigation Receivers can lie, or die", **RNZAF Air Power Dev. Centre Bulletin**, issue 22, July 2018, http://www.airforce.mil.nz/downloads/pdf/apdc/tematataua-22-gnssspoofingandjamming.pdf (erişim tarihi: 23.08.2020).

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2021; 1: 367-415

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA HAK İHLALİNİN KANUNDAN KAYNAKLANMASI SORUNU VE BU SORUNA İLİŞKİN ÇÖZÜM ÖNERİLERİ(*)

Dr. Öğr. Üyesi **Ceren YILDIZ**(**)

Öz: 2010 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile kabul edilen bireysel başvuru yolu, Anayasanın 148. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenmiştir. Bireysel başvuruya ilişkin usul ve esaslara yer verilen 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45. maddesinin 3. fıkrasında ise bireysel başvuruya konu olamayacak işlem ve kararlara yer verilmiştir. Bu hükme göre, yasama işlemleri bireysel başvuruya konu edilememektedir. Ancak bireysel başvuru neticesinde tespit edilen bir hak ihlalinin kanundan kaynaklandığı durumlarda ihlalin ve ortaya çıkardığı sonuçların giderilebilmesi bakımından yapılması gerekenlere ilişkin de herhangi bir hükme yer verilmediği görülmektedir. Bu çalışmada, Anayasa Mahkemesinin son dönemde hak ihlalinin kanundan kaynaklandığını tespit ettiği kararlar çerçevesinde, hak ihlalinin en etkin şekilde nasıl giderilebileceğine ilişkin alternatif çözüm yolları ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Bireysel Başvuru, Yasama İşlemleri, Temel Hak ve Özgürlükler, Kamu Gücü, Anayasa Mahkemesi Kararları.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 01.03.2021. Makale Kabul Tarihi: 14.05.2021.

(**) İstanbul Kültür Üniversitesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi (ORCID no: 0000-0002-0569-4107; *c.yildiz@iku.edu.tr*).

THE PROBLEM OF THE VIOLATION OF RIGHTS ARISING FROM STATUTE IN THE LIGHT OF THE DECISIONS OF CONSTITUTIONAL COURT AND SUGGESTED SOLUTIONS RELATED TO THE PROBLEM

Abstract: The individual application, which was accepted with the Constitutional amendment in 2010, is regulated in the 3rd paragraph of the 148th article of the Constitution. Whereas the transactions and decisions that cannot be subject to an individual application are stated in the 3rd paragraph of Article 45 of the Law on Establishment and Rules of Procedures of the Constitutional Court, numbered 6216. According to the 3rd paragraph of Article 45, the legislative transactions cannot be subjected to an individual application. However, in cases when a violation of rights arising from the statute, there is no legal provision stating what actions to be taken in order to remedy the violation and its consequences. In this study, some potential solutions are proposed to clear up ambiguities and to remedy for violations in most effective ways within the scope of the Constitutional Court's decisions.

Keywords: Individual Application, Legislative Transactions, Fundamental Rights and Freedoms, Public Power, Decisions of the Constitutional Court.

GİRİŞ

5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun[1], 12.09.2010 günü yapılan halkoylamasıyla kabul edildikten sonra, 2010 Anayasa değişiklik paketi olarak anılan ve içerisinde bireysel başvurunun (anayasa şikâyeti) da yer aldığı düzenlemeler yürürlüğe girmiştir. Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerini düzenleyen md.148'de önemli değişiklikler yapılarak, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkı düzenlenmiştir. Anayasa md.148/3 hükmü uyarınca; *"Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır."* Bu doğrultuda Anayasa Mahkemesi, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un Geçici md.1/8 gere-

[1] R.G. Tarih - Sayı: 13.05.2010 - 27580.

ğince, 23.09.2012 tarihi itibarıyla kesinleşmiş nihai işlem ve kararlar aleyhine yapılan bireysel başvuruları incelemeye başlamıştır.[2]

Bireysel başvuru yolu ve bu yola ilişkin usul ve esaslar Anayasa md.148/5 hükmü gereğince, hem 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun hem de Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü ile düzenlenmiştir.[3] 6216 sayılı Kanun'da, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru usulü ayrı bir bölüm olarak, Kanun'un 45 ile 51. maddeleri arasında düzenlenmiştir. İçtüzükte ise konuya ilişkin ayrıntılara 59 ile 84. maddeleri arasında yer verilmiştir.

6216 sayılı Kanun md.49/6 uyarınca bireysel başvuruya konu olan hususlara ilişkin bölümlerin esas bakımından incelemeleri, bir temel hakkın ihlal edilip edilmediği ve bu ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağının belirlenmesi ile sınırlandırılmıştır. Bununla birlikte Anayasa md.148/4'te yer alan bireysel başvurularda kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamayacağı yönündeki sınırlamaya, 6216 sayılı Kanun md.49/6'da da yer verildiği görülmektedir.[4] Bireysel başvuru neticesinde verilecek kararlar ise 6216 sayılı Kanun md.50'de düzenlenmiştir. İlgili Kanun md.50/1'de ve İçtüzük md.79/2'de, Mahkemenin ihlal kararı vermesi halinde, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedebileceği öngörülmüştür. Bu konuya ilişkin temel ve genel ilkeler, Anayasa Mahkemesinin Mehmet Doğan[5] kararı ile somutlaştırılmıştır. Bu karar çerçevesinde belirlenen ilkeler gereğince, mümkün olduğunca eski hâle getirmenin, bir başka deyişle ihlalden önceki duruma dönülmesinin sağlanması vurgulanmıştır.[6]

İhlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması bakımından yapılması gerekenlere hükmedilmeden önce ihlalin kaynağının tespit edilmesi; ihlalin giderimi ve giderim için uygun yolun tespit edilebilmesi bakımından büyük bir

---

2 R.G. Tarih - Sayı: 03.04.2011 - 27894.

3 R.G. Tarih - Sayı: 12.07.2012 - 28351.

4 Bireysel başvuru yolu kapsamında kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlara ilişkin Anayasa Mahkemesinin inceleme yapamayacağına ilişkin hükmün, yargı sisteminin genel işleyişini olumsuz etkilememesini sağlamaya yönelik olduğuna ilişkin görüş ve ayrıntılı bilgi için bkz. KOÇ Muharrem İlhan, "Bireysel Başvuru Kararlarının İcrasına İlişkin Düzenlemeler ve Kurumsal Yapılanma İhtiyacı", **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt: 33, Yıl: 2016, ss. 133-141, s.136; ŞAHBAZ İbrahim, "Yargıtay ve Bireysel Başvuru Yolu", **Anayasa Hukuku Dergisi**, Cilt: 4, Sayı: 7, Yıl: 2015, ss. 175-225, s.195-197.

5 Mehmet Doğan Başvurusu, Başvuru No: 2014/8875, Kt.: 07.06.2018, R.G. Tarih - Sayı: 01.08.2018 - 30496.

6 Mehmet Doğan, §55.

önem taşımaktadır. Bireysel başvuruya konu olan ihlal; bir idari eylem ve işlemden, yasama işlemlerinden veya yargısal işlemlerden kaynaklanabilmektedir.[7] İhlalin kaynağına ilişkin olarak normatif dayanaklara bakmak gerekirse, bireysel başvuru hakkının 6216 sayılı Kanun md.45/1 ve 2'de, Anayasa md.148'e paralel olarak düzenlendiği görülmektedir. Ancak md.45/3'de bireysel başvuruyu konu bakımından sınırlandırıcı bir hükme yer verilmiş olup, söz konusu husus şu şekilde ifade edilmiştir: *"Yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı gibi Anayasa Mahkemesi kararları ile Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler de bireysel başvurunun konusu olamaz."* Bu hükme göre, yasama işlemleri bireysel başvuruya konu edilememektedir. Oysa bireysel başvuruya konu bir hak ihlali kanunun yorumundan ve uygulama şeklinden dolayı veya doğrudan kanunun kendisinden kaynaklanan bir sebeple de ortaya çıkabilecektir.[8] Ancak hem 6216 sayılı Kanun'da hem de İçtüzükte, Mahkemenin verdiği ihlal kararlarının yasama işlemlerinden kaynaklandığının tespiti halinde, ihlalin ve ortaya çıkardığı sonuçların giderilebilmesi bakımından yapılması gerekenlere ilişkin herhangi bir hükme yer verilmediği görülmektedir.

Anayasa Mahkemesinin son dönemde aldığı ve ihlalin kanundan kaynaklandığını tespit ederek yasama organına çağrıda bulunduğu kararları gözetildiğinde, ihlalin kanundan kaynaklanma ihtimalinin artık bir ihtimal olmaktan çıkarak çözüm bekleyen bir mesele haline geldiği görülmektedir. Bu çalışmanın özgülendiği konu da, ihlal kararlarının kanundan kaynaklandığının tespit edilmesi halinde, bu ihlalin en etkin şekilde nasıl giderilebileceğine ilişkin alternatif çözüm yollarının sunulmasına ilişkindir.

Bu bağlamda, kronolojik sıra takip edilerek öncelikle kanunun hak ihlaline sebebiyet verdiği durumların tespiti halinde sorunun çözümüne ilişkin bir öneri sunan, ancak Komisyon görüşmeleri sırasında metinden çıkarılan düzenlemelerin yer aldığı 6216 sayılı Kanun Tasarısı incelenecektir. Bu inceleme ile ilgili maddelerde yapılan değişikliğin gerekçelerinin doğru bir şekilde anlaşılması ve ileri sürülen bu gerekçelerin geçerliliğinin sorunun çözümüne nasıl etki edeceğinin ortaya konulması amaçlanmaktadır. Ardından, Anayasa Mahkemesinin 2019 ve 2020 yıllarında hak ihlalinin kanundan kaynaklandığını

---

7 Mehmet Doğan, §57.

8 SABUNCU Yavuz / ARNWINE ESEN Selin, "Türkiye İçin Anayasa Şikâyeti Modeli Türkiye'de Bireysel Başvuru Yolu", **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt: 21, Yıl: 2004, ss. 229-246, s. 232; İNCEOĞLU Sibel, "Norm Temelli Denetimden Olay Temelli Denetime: İHAS'a Uyum Işığında Bir Değerlendirme", **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt: 30, Yıl: 2013, ss.83-106, s.84.

tespit ederek yasama organına çağrıda bulunduğu kararlara değinilecektir. Bu doğrultuda, yapılan çağrıya ilişkin olarak yasama organının hak ihlaline konu olan kanun hükmünün değiştirilmesine, kaldırılmasına veya daha sınırlandırıcı bir şekilde düzenlenmesine yönelik farklı yaklaşımlarının değerlendirilebileceği kararlar tercih edilmiştir. Son olarak ise hak ihlalinin kanundan kaynaklandığının tespit edilmesi halinde, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına ilişkin çözüm alternatifleri sunulmaya çalışılacaktır.

I. 6216 SAYILI ANAYASA MAHKEMESİNİN KURULUŞU VE YARGILAMA USÛLLERİ HAKKINDA KANUN TASARISI'NIN 49. MADDESİNİN VE 50. MADDESİNİN İNCELENMESİ

TBMM Başkanlığına, 11.01.2011 tarihinde Bakanlar Kurulu tarafından[9] Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usûlleri Hakkında Kanun Tasarısı sunulmuştur. İlgili Kanun Tasarısının gerekçesinde; yapılan Anayasa değişikliği ile Anayasa Mahkemesinin yapısı ve görevlerinde önemli değişiklikler olduğu, bu değişikliklerin Mahkemenin teşkilat yapısına ilişkin yeni bir kanun hazırlanması zorunluluğunu doğurduğu ve Anayasa Mahkemesine Anayasa ile yüklenen yeni görevlerin en iyi şekilde yerine getirilebilmesini temin etmek amacıyla bu Kanun Tasarısı'nın hazırlandığı ifade edilmiştir.[10]

İlgili Kanun Tasarısı'na ayrı bir yer verilmesindeki amaç, çalışmanın özgülendiği "hak ihlalinin bir kanun hükmünden kaynaklandığının tespit edildiği durumlara" ilişkin bir çözüm öngörmüş olmasıdır. Her ne kadar önerilen çözüm yöntemi Tasarı görüşmeleri sırasında metinden çıkarılmış ve bu mesele çözümsüz bırakılmış olsa da bu süreçte yer verilen tartışmaların son derece önemli olduğu düşünülmektedir. Bu nedenle Tasarı'nın "Esas Hakkında İnceleme" başlıklı 49. maddesi ve mahkemelerin ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmaya yönelik karar vermediği durumlarda Anayasa Mahkemesinin doğrudan karar verebilme yetkisi ile yeniden yargılama yapılmak üzere ilgili Mahkemeye gönderilmesi hususlarının tartışıldığı "Kararlar" başlıklı 50. maddesine ilişkin Komisyon raporları incelenerek, nihai halinin kabulüne kadar olan süreç aktarılacaktır.

---

9 Sayı: B.02.0.KKG.0.10/101-248/161, 11.01.2011.

10 Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usûlleri Hakkında Kanun Tasarısı ile Anayasa Komisyonu Raporu, (1/993) TBMM Dönem: 23, Yasama Yılı 5, S. Sayısı: 696, https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss696.pdf (Erişim Tarihi: 12.01.2021), s.1-2.

Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun Tasarısı'nın 45. maddesinin 3. fıkrasında, bireysel başvuruya konu bakımından getirilen sınırlandırmaya yönelik herhangi bir gerekçelendirme yapılmadığı görülmektedir. Bununla birlikte Tasarı'nın 49. maddesinin 6. fıkrasında[11], temel hak ve özgürlüklerin ihlalinin kanundan kaynaklandığının tespit edildiği durumlarda, bölümlere ilgili hükmün iptali talebiyle Genel Kurula başvurabilme imkânı tanınmıştır. Öngörülen çözüm ilgili hükümde şu şekilde ifade edilmiştir; "*Bölümler, bireysel başvuru incelemesi sırasında temel hak ihlâlinin kanun veya kanun hükmünde kararname hükmünden*

[11] Hükûmetin teklif ettiği metinde, Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun Tasarısı'nın, "Esas Hakkındaki İnceleme" başlıklı 49. maddesi şu şekilde düzenlenmiştir: "*Madde 49- (1) Kabul edilebilirliğine karar verilen bireysel başvuruların esas incelemesi Bölümler tarafından yapılır. Başkan iş yükünün Bölümler arasında dengeli bir şekilde dağıtılması için gerekli önlemleri alır. (2) Bireysel başvurunun kabul edilebilirliğine karar verilmesi hâlinde, başvurunun bir örneği Adalet Bakanlığına bildirilir. Başvuruyla ilgili gerekli görülen bilgi, belge ve deliller ilgililerden istenir. (3) Komisyonlar ve Bölümler bireysel başvuruları incelerken her türlü araştırma ve incelemeyi yapabilir, bilirkişi incelemesi ya da keşif yapılmasına karar verebilir. (4) Mahkeme, incelemesini dosya üzerinden yapmakla birlikte, gerekli görürse duruşma yapılmasına da karar verebilir. (5) Bölümler, esas inceleme aşamasında, başvurucunun temel haklarının korunması için zorunlu gördükleri tedbirlere re' sen veya başvurucunun talebi üzerine karar verebilir. Tedbire karar verilmesi hâlinde, esas hakkındaki kararın en geç altı ay içinde Resmî Gazete'de yayımlanması gerekir. Aksi takdirde tedbir kararı kendiliğinden kalkar. (6) Bölümler, bireysel başvuru incelemesi sırasında temel hak ihlâlinin kanun veya kanun hükmünde kararname hükmünden kaynaklandığı kanaatine varırlarsa iptali istemiyle Genel Kurula başvururlar. (7) Bireysel başvuruda kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz. (8) Bireysel başvuruların incelenmesinde, bu Kanun ve İçtüzükte hüküm bulunmayan hâllerde ilgili usûl kanunlarının bireysel başvurunun niteliğine uygun hükümleri uygulanır. (9) Esas hakkında incelemenin usûl ve esasları ile ilgili diğer hususlar İçtüzükle düzenlenir."* Tasarı'nın "Kararlar" başlıklı 50. maddesi şu şekilde düzenlenmiştir: "*Madde 50- (1) Esas inceleme sonunda, başvurucunun hakkının ihlâl edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlâl kararı verilmesi hâlinde ihlâlin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilebilir. (2) İhlâl bir mahkeme kararından veya idarî işlemden kaynaklanmışsa, ihlâle konu kararın veya idarî işlemin iptaline karar verilir. Kararın iptali kendiliğinden ihlâli kaldırmazsa yargılamanın yeniden yapılmasına hükmedilir. (3) İhlâl, bir kamu gücünün kanunen yapması gereken bir işlemi yapmamasından kaynaklanmışsa, Mahkeme, kararının hangi makam tarafından yerine getirileceğini ve özel durumlarda kararın yerine getiriliş şeklini belirleyebilir. (4) Başvurucunun temel bir hakkının ihlâl edilmesi sonucunda uğranılan zararın giderilmesine de hükmedilebilir. Bölümler bu kararları kendileri verebilecekleri gibi genel mahkemelerde dava açılması yolunu gösterebilir. (5) Bölümlerin esas hakkındaki kararları gerekçeleriyle birlikte ilgililere ve Adalet Bakanlığına tebliğ edilir. Bu kararlar, Mahkemenin internet sayfasında ve Bölümlerce uygun görülenler Resmî Gazete'de yayımlanır. (6) Bölümlerin esas hakkındaki kararları kesindir ve yasama, yürütme ve yargı organları ile gerçek ve tüzel kişileri bağlar. (7) Komisyonlar arasındaki içtihat farklılıkları, bağlı oldukları Bölümler; Bölümler arasındaki içtihat farklılıkları ise Genel Kurul tarafından çözülür. Buna ilişkin diğer hususlar İçtüzükle düzenlenir. (8) Davadan feragat hâlinde, düşme kararı verilir."* Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usûlleri Hakkında Kanun Tasarısı ile Anayasa Komisyonu Raporu, (1/993) TBMM Dönem: 23, Yasama Yılı 5, S. Sayısı: 696, https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss696.pdf (Erişim Tarihi: 12.01.2021), s. 98-99.

kaynaklandığı kanaatine varırlarsa iptali istemiyle Genel Kurula başvururlar." Maddenin gerekçesine bakıldığında, maddede yer verilen ifadelerin tekrarlandığı ve öngörülen çözüme ilişkin ayrıntılı bir açıklamaya yer verilmediği görülmektedir.[12] Bireysel başvuru neticesinde Anayasa Mahkemesinin verebileceği kararlar ise Tasarı'nın 50. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. İlgili hükme göre, ihlalin bir idari işlemden veya mahkeme kararından kaynaklanması hâlinde, Mahkemenin ihlale konu olan idari işlemin veya kararın iptaline karar verebileceği, kararın iptalinin ihlali kendiliğinden ortadan kaldırmadığı durumlarda ise yargılamanın yeniden yapılmasına hükmedebileceği düzenlenmiştir. Maddenin gerekçesine bakıldığında, maddede yer verilen ifadelerin tekrarlandığı görülmektedir.[13]

Anayasa Komisyonunun 26.01.2011 tarihinde gerçekleşen toplantısında, Kanun Tasarısı'nın bir alt komisyon tarafından değerlendirilmesine karar verilmiştir. Anayasa Komisyonu Başkanlığına, Alt Komisyon tarafından sunulan raporda[14], ihlalin kanundan kaynaklandığının tespit edildiği durumlara ilişkin çözüm yolu öngören 49. maddenin 6. fıkrasının Tasarı'dan çıkarılması gerektiği ifade edilmiştir. İlgili hükmün çıkarılması; 6. fıkra ile Anayasaya aykırı bir şekilde yeni bir iptal davası açma imkânının yaratıldığına, bu durumun Anayasa Mahkemesini hem hâkim hem savcı durumuna düşüreceğine, bölümlerde görev yapan üyelerin Genel Kurula da katılma durumları söz konusu olacağından bunun sakıncalı bir durum ortaya çıkaracağına ve kanundan kaynaklandığına kanaat getirilen ihlaller bakımından yasama organının gerekli hassasiyeti göstererek konuya ilişkin düzenleme yapması gerekliliğine dayandırılmıştır. Bu görüşler doğrultusunda 6. fıkra metinden çıkarılmış ve 49. maddenin diğer fıkraları bakımından yapılan değerlendirmeler ve değişiklikler çerçevesinde Komisyon tarafından kabul edilmiştir.[15]

---

[12] Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usûlleri Hakkında Kanun Tasarısı ile Anayasa Komisyonu Raporu, (1/993) TBMM Dönem: 23, Yasama Yılı 5, S. Sayısı: 696, https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss696.pdf (Erişim Tarihi: 12.01.2021), s. 10.

[13] Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usûlleri Hakkında Kanun Tasarısı ile Anayasa Komisyonu Raporu, (1/993) TBMM Dönem: 23, Yasama Yılı 5, S. Sayısı: 696, https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss696.pdf (Erişim Tarihi: 12.01.2021), s. 10.

[14] Alt Komisyon 27, 28 Ocak, 1, 2, 3, 9 ve 17 Şubat 2011 tarihli toplantılarında Adalet ve Maliye Bakanlıkları ile Anayasa Mahkemesinden yetkililerin katılımıyla Tasarıyı incelemiştir.

[15] Maddeye ilişkin yapılan değerlendirmeler için bkz. Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usûlleri Hakkında Kanun Tasarısı ile Anayasa Komisyonu Raporu, (1/993) TBMM Dönem: 23, Yasama Yılı 5, S. Sayısı: 696, https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss696.pdf (Erişim Tarihi: 12.01.2021), s.20; Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usûlleri Hakkında Kanun Tasarısına İlişkin Alt Komisyonun kabul ettiği metinde Hükûmet Tasarısı'nda yer alan 6.

Tasarının "Kararlar" başlıklı 50. maddesinin görüşülmesinde, Alt Komisyon üyelerinden İsa Gök, ihlalin kaynağı olarak tespit edilen mahkeme kararına ilişkin tanınan iptal yetkisi ile ihlal kararının gereğinin hangi makam tarafından yerine getirileceğini belirleme yetkisinin, Anayasanın 2., 148., 151., 152. ve 155. maddelerine aykırı olduğunu ifade etmiştir. Buna karşılık, 50. maddenin değiştirilmesine yönelik verilen önergeyle, yargı yetkisinin yerindelik denetimi şeklinde kullanılamayacağına ilişkin Anayasa hükmünün Tasarı metnine taşındığı belirtilmiştir. Ancak İsa Gök, bu önergeye rağmen, Anayasa Mahkemesine bir diğer Yüksek Mahkemenin kararını iptal yetkisinin verildiğini, Anayasanın 148. maddesi ile Mahkemeye yalnızca ihlalin tespiti yetkisinin verildiğini ve bu bağlamda Anayasada öngörülmeyen bir yetkinin Kuruluş Kanunu ile tanınmasının Anayasaya aykırı olduğunu belirtmiştir. Alt Komisyon üyesi Nevzat Korkmaz da Anayasa Mahkemesinin temyiz merciine dönüştürüldüğünü söylemiş, birinci fıkranın sonuna eklenen cümleye itiraz etmiştir. Alt Komisyon Başkanı Ayhan Sefer Üstün, önceliğin yeniden yargılama yapılmasına verilmesi gerektiğini, yeniden yargılamaya rağmen ihlal kalkmamışsa bunun kaldırılması yetkisinin Anayasa Mahkemesine tanındığını hatırlatarak, bundan daha etkin uygulamaların İspanya ve Almanya da mevcut olduğunu vurgulamıştır. İlgili madde, özellikle yüksek yargı organları arasında yaratılan hiyerarşiye ilişkin itirazların ve Anayasa Mahkemesine verilen yeni yetkiler sayesinde bir temyiz mahkemesi yaratılmak istendiği iddialarını ortadan kaldırmak adına yeniden düzenlenmiştir.[16] Bu doğrultuda verilen önerge çerçevesinde düzenlenen madde Komisyon tarafından kabul edilmiştir.[17]

---

fıkraya yer verilmemiştir. Diğer fıkralara ilişkin değerlendirmeler neticesinde yapılan değişiklikler için bkz. "Esas Hakkında İnceleme" başlıklı 49. maddesinde, Hükûmet Tasarısı'nda yer alan 6. fıkraya yer verilmemiştir. Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usûlleri Hakkında Kanun Tasarısı ile Anayasa Komisyonu Raporu, (1/993) TBMM Dönem: 23, Yasama Yılı 5, S. Sayısı: 696, https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss696.pdf (Erişim Tarihi: 12.01.2021), s. 42.

[16] GÖZTEPE Ece, "Türkiye'de Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikâyeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi", **TBB Dergisi**, Sayı: 95, Yıl: 2011, ss.13- 40, ("Türkiye'de Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkı"), s.33- 34.

[17] Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usûlleri Hakkında Kanun Tasarısı ile Anayasa Komisyonu Raporu, (1/993) TBMM Dönem: 23, Yasama Yılı 5, S. Sayısı: 696, https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss696.pdf (Erişim Tarihi: 12.01.2021), s.21.

Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usûlleri Hakkında Kanun Tasarısına İlişkin Alt Komisyonun kabul ettiği metinde "Kararlar" başlıklı 50. maddenin çalışmaya konu olan hususa ilişkin fıkraları şu şekilde düzenlenmiştir: "*Madde 50- (1) Esas inceleme sonunda, başvurucunun hakkının ihlâl edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlâl kararı verilmesi hâlinde ihlâlin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir. Ancak yerindelik denetimi*

TBMM Başkanlığı tarafından, 11.01.2011 tarihinde, tali olarak Plan ve Bütçe Komisyonu esas olarak Anayasa Komisyonuna gönderilen Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun Tasarısı (1/993), Anayasa Komisyonu tarafından görüşülmüştür. Anayasa Komisyonunun hazırladığı Anayasa Komisyonu Raporunda[18] "Esas Hakkındaki İnceleme" kenar başlığını taşıyan 49. maddeye ilişkin önergenin kabulü ile bireysel başvuruda Anayasa Mahkemesinin işlevinin sadece bir temel hak ihlalinin bulunup bulunmadığının belirlenmesi ile sınırlı olduğunu açıkça ortaya koyan ibare üçüncü fıkraya eklenmiş; diğer mahkemeler ile Anayasa Mahkemesi arasında ortaya çıkabilecek olası görev ve yetki karmaşasının engellenmesi amacıyla altıncı fıkra yeniden düzenlenmiştir. Benimsenen önerge çerçevesinde madde, Komisyon tarafından kabul edilmiştir.[19] Bununla birlikte Anayasa Komisyonu tarafından kabul edilen metinde, Hükûmet Tasarısı'nda yer alan 49. maddenin 6. fıkrasına yer verilmemiştir.

Alt Komisyon metninin bireysel başvuru sonucu verilecek kararları düzenleyen 50. maddesinin görüşülmesinde; Yüksek Mahkemeye verilen mahkeme kararlarını iptal yetkisinin Anayasada yer almadığı, yargıda kaos ve kargaşa yaratacağı ifade edilmiştir.[20] Almanya ve İspanya uygulamasında

---

yapılamaz, idari eylem ve işlem niteliğinde karar verilemez. (2) Tespit edilen ihlâl bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlâli ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme Anayasa Mahkemesinin ihlâl kararında açıkladığı ihlâli ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde karar verir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Mahkemeler, Anayasa Mahkemesinin ihlâl kararında açıkladığı görüşe uygun karar vermediği takdirde başvurucu yeniden Anayasa Mahkemesine başvuruda bulunabilir. Bu durumda Anayasa Mahkemesi doğrudan, ihlâli ve sonuçlarını ortadan kaldıracak kararı verebilir." Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usûlleri Hakkında Kanun Tasarısı ile Anayasa Komisyonu Raporu, (1/993) TBMM Dönem: 23, Yasama Yılı 5, S. Sayısı: 696, https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss696.pdf (Erişim Tarihi: 12.01.2021), s. 42.

18 Esas No.: 1/993, Karar No.: 23, Kt.: 07.03.2011.

19 Anayasa Komisyonunun Kabul Ettiği Metin Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun Tasarısında "Esas Hakkındaki İnceleme" başlıklı 49. maddesi Alt Komisyon'un kabul ettiği metinden iki fıkra bakımından farklılaşmaktadır. Bu farklılıklara ilişkin fıkralar şu şekilde düzenlemiştir: "*Madde 49- (3) Komisyonlar ve bölümler bireysel başvuruları incelerken bir temel hakkın ihlal edilip edilmediğine yönelik her türlü araştırma ve incelemeyi yapabilir. Başvuruyla ilgili gerekli görülen bilgi, belge ve deliller ilgililerden istenir. (6) Bölümlerin, bir mahkeme kararına karşı yapılan bireysel başvurulara ilişkin incelemeleri, bir temel hakkın ihlal edilip edilmediği ve bu ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağının belirlenmesi ile sınırlıdır. Bölümlerce kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz."*

20 Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usûlleri Hakkında Kanun Tasarısı ile Anayasa Komisyonu Raporu, (1/993) TBMM Dönem: 23, Yasama Yılı 5, S. Sayısı: 696, https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss696.pdf (Erişim Tarihi: 12.01.2021), s.64.

Mahkemenin iptal yetkisinin olduğu, ancak bu uygulamanın getirilmesi halinde bireysel başvurunun etkili yol olmaktan çıkabileceği belirtilmiştir. Yeniden yargılama sonucunda, mahkemelerin Anayasa Mahkemesinin ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yönelik görüşünün gereğinin yapılmadığı ve başvurucunun yeniden Anayasa Mahkemesine başvurması durumunda ise, yargılamanın duruşmalı yapılmasının sürecin başvurucu aleyhine çok uzayacağı bazı üyeler tarafından dile getirilmiştir. 50. madde redaksiyon yetkisi çerçevesinde ikinci fıkrasının sonunda geçen "verebilir" ibaresi "verir" şeklinde ve Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuruya ilişkin kararlarından hangilerinin Resmî Gazete'de yayınlanacağına yönelik hususun İçtüzükte gösterileceğine ilişkin düzenlemeyi içeren önergenin kabulü ile üçüncü fıkrası bu yönde yeniden yazılarak Komisyon tarafından kabul edilmiştir.[21]

Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına, görüşülmekte olan 696 sıra sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında

---

Şahin Mengü (Manisa), İsa Gök (Mersin), Atilla Kart (Konya), Atila Emek (Antalya) tarafından hazırlanan muhalefet şerhinde; Anayasa Mahkemesine Anayasal açıdan eşit olan yüksek mahkeme kararlarını iptal yetkisi verilmesinin Anayasaya aykırı olduğu, bu düzenleme ile Anayasa Mahkemesinin temyiz merciine dönüştürüldüğü, Anayasanın 148. maddesi ile mahkemeye sadece ihlalin tespiti yetkisi verildiği ve Anayasada olmayan bir yetkinin kuruluş kanunu ile verilmesinin yanlış olduğu ifade edilmiştir. Bkz. Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usûlleri Hakkında Kanun Tasarısı ile Anayasa Komisyonu Raporu, (1/993) TBMM Dönem: 23, Yasama Yılı 5, S.Sayısı: 696, https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss696.pdf (Erişim Tarihi: 12.01.2021), s.73. Behiç Çelik (Mersin) ve Faruk Bal (Konya) tarafından hazırlanan muhalefet şerhinde; Tasarı'nın 50. maddesi ile Anayasa Mahkemesinin yüksek yargı organlarının üstünde bir temyiz mercii konumuna getirildiği ve bu durumun Anayasaya aykırı olduğu, Anayasa Mahkemesinin vereceği yargılamanın yenilenmesi kararı ile üst yargı organının kararının ortadan kaldırıldığı, bununla birlikte her yapılan yasal düzenlemeye "verilen yargı kararlarının idarenin takdir hakkını ortadan kaldıramayacağı" hükmünün ilave edilmesinin, yargıya karşı itimatsızlık yarattığı ifade edilmiştir. Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usûlleri Hakkında Kanun Tasarısı ile Anayasa Komisyonu Raporu, (1/993) TBMM Dönem: 23, Yasama Yılı 5, S. Sayısı: 696, https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss696.pdf (Erişim Tarihi: 12.01.2021), s. 77. Doktrinde Göztepe ilgili hükmün, süper temyiz mercii yaratılması sonucunu doğuracağını ve çıkarılmasının isabetli olduğunu belirtmiştir. Bkz. GÖZTEPE, "Türkiye'de Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkı", s.33- 34.

[21] Aynı Tasarıda "Kararlar" başlıklı 50.madde Alt Komisyon'un kabul ettiği metinden farklı düzenlenen husus şu şekilde düzenlemiştir: "*Madde 50- (2) ... Mahkemeler, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı görüşe uygun karar vermediği taktirde başvurucu yeniden Anayasa Mahkemesine başvuruda bulunabilir. Bu durumda Anayasa Mahkemesi doğrudan, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak kararı verir."* Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usûlleri Hakkında Kanun Tasarısı ile Anayasa Komisyonu Raporu, (1/993) TBMM Dönem: 23, Yasama Yılı 5, S.Sayısı: 696, https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss696.pdf (Erişim Tarihi: 12.01.2021), s.127.

Kanun Tasarısı'nın 50. maddesinin bazı milletvekilleri[22] tarafından Tasarı metninden çıkarılması arz ve teklif edilmiş, ancak Anayasa Komisyonu ve Hükümet bu görüşe katılmamıştır. Kanun md.50/2'de yer verilen, *"Mahkemeler, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı görüşe uygun karar vermediği taktirde başvurucu yeniden Anayasa Mahkemesine başvuruda bulunabilir. Bu durumda Anayasa Mahkemesi doğrudan, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak kararı verir."* hükmü Genel Kurul aşamasında metinden çıkarılmıştır. Bireysel başvuru sonucunda verilecek olan kararların daha açık bir şekilde düzenlenmesi gerektiği gerekçesiyle Kanun Tasarısı'nın 50. maddesinin 2 fıkrasının; *"Tespit edilen ihlâl bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir."* şekilde değiştirilmesine ilişkin verilen önerge kabul edilmiştir.[23]

Böylece 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un "Yürürlük" başlıklı 76. maddesi gereğince, Kanun'un 45 ile 51. maddeleri 23.09.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

II. 6216 SAYILI ANAYASA MAHKEMESİNİN KURULUŞU VE YARGILAMA USÛLLERİ HAKKINDA KANUN MD. 45/3 VE MD. 50/2'NİN KONU EDİLDİĞİ İPTAL DAVASI VE ANAYASA MAHKEMESİNİN DEĞERLENDİRMESİ

30.3.2011 günlü, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun 30.03.2011 tarihinde kabul edilerek 03.04.2011 tarihli 27894 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. İlgili Kanun'un çalışmaya konu olan 45. maddesi ve 50. maddesinin de içerisinde bulunduğu diğer maddelerle birlikte iptali ve yürürlüklerinin durdurulması istemiyle ana muhalefet partisi tarafından iptal davası açılmıştır.

---

[22] İsa Gök (Mersin), Kamer Genç (Tunceli), Ahmet Ersin (İzmir), Ali İhsan Köktürk (Zonguldak), Ali Oksal (Mersin), Atilla Kart (Konya).

[23] Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurul Tutanağı 23. Dönem 5. Yasama Yılı 82. Birleşim 24/Mart /2011 Perşembe, s.55. https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak_g_sd.birlesim_baslangic?P4=20901&P5=B&page1=54&page2=54 (Erişim Tarihi: 12.01.2021).

Açılan davada 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin 3. fıkrasında öngörülen düzenleme bakımından; Anayasa md.148/3'de kamu gücü tarafından gerçekleştirilen işlemlere yönelik herhangi bir ayrımın yapılmadığı, Anayasada öngörülmeyen bir sınırlamanın kanun koyucunun takdiri ile getirildiği belirtilerek, ilgili kuralın Anayasanın 2., 36. ve 148. maddelerine aykırı olduğu iddia edilmiştir.[24] Aynı davada 6216 sayılı Kanun md.50/2'de yer verilen düzenlemeye ilişkin olarak; Anayasa Mahkemesine Anayasanın 148. maddesi ile verilen yetkinin hak ihlalinin tespitiyle sınırlı olduğu; Kuruluş Kanunu ile Anayasa Mahkemesine Anayasadan kaynaklanmayan bir yetki çerçevesinde diğer mahkemelere emir talimat verebilme yolunun açıldığı; yeniden yargılamanın Anayasa md.36 gereğince bir hak arama yolu olduğu ve taraflara tanınan bu hakkın, Kanun ile Anayasa Mahkemesine verilemeyeceği belirtilerek, ilgili düzenlemenin Anayasanın 2., 36., 138. ve 148. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Böylece açılan davanın gerekçesi esasen Komisyon görüşmeleri sırasında dile getirilen itirazların tekrarına yönelik olmuştur.

Anayasa Mahkemesi, 6216 sayılı Kanun md.45/3'de yer verilen ve iptale konu olan husus bakımından, bireysel başvuru hakkının niteliği gereği yasama işlemleri ve düzenleyici idari işlemlerin doğrudan bireysel başvuruya konu edilemeyeceğini ve bu işlemlerin uygulanmadıkları müddetçe bireylerin herhangi bir hakkının ihlaline sebebiyet verecek nitelikte olmadıklarını ifade etmiştir. Bununla birlikte yasama işlemlerine ilişkin Anayasa Mahkemesine soyut veya somut norm denetimi yoluyla başvurulabileceğini, yasama işlemlerinin uygulanması neticesinde hak ihlali söz konu olmuş ise, hak ihlalini gerekçe göstererek bireysel başvuru yoluyla Mahkemeye başvurabilme imkânına sahip olduklarını belirtmiştir. Mahkeme, başvurucu açısından herhangi bir somut olay dahilinde uygulanmamış bir kanun veya düzenleyici idari işlemin kural olarak bir hakkın ihlaline neden olmayacağını, dolayısıyla da bu işlemlerin doğrudan bireysel başvuruya konu edilemeyeceğini vurgulayarak, ilgili kuralın Anayasanın 2., 36. ve 148. maddelerine aykırı olmadığına ve iptal isteminin reddine karar vermiştir.[25]

Mahkeme, 6216 sayılı Kanun md.50/2'de yer verilen ve iptale konu olan husus bakımından, bireysel başvuru yolunun, sadece hak ihlaline yönelik bir tespit davası olmadığı, hak ve özgürlüklerin kamu gücü tarafından

---

[24] AYM Esas S.: 2011/59 Karar S.: 2012/34 Kt.: 01.03.2012, R.G. Tarih-Sayı: 02.04.2013-28606.

[25] AYM Esas S.: 2011/59 Karar S.: 2012/34 Kt.: 01.03.2012, R.G. Tarih - Sayı: 02.04.2013-28606.

ihlal edilmesinin önlenmesi ile birlikte ihlalin tespit edildiği durumlar bakımından ihlalin sonuçlarını ortadan kaldıracak veya meydana gelen zararın giderilmesine yönelik hukuki sonuçlar doğuracak bir dava niteliğinde olduğunu ifade etmiştir. Bununla birlikte dava dilekçesinde ifade edildiğinin aksine, Anayasa Mahkemesinin bireysel başvurulara ilişkin yetkisinin yalnızca hak ihlalinin tespitiyle sınırlı olduğuna yönelik herhangi sınırlandırıcı bir düzenlemeye Anayasanın 148. maddesinde yer verilmediğini belirtmiştir. Yasama yetkisinin asli ve genel bir yetki olmasından hareketle, kanun koyucunun herhangi bir konuda düzenleme yapabilmesi için Anayasa tarafından özel olarak yetkilendirilmesine ihtiyacı olmadığı gerekçesiyle dava konusu kuralın Anayasanın 148. maddesine aykırı olmadığına ve iptal isteminin reddine karar vermiştir.[26]

Doktrinde de bu konuya ilişkin olarak, bireysel başvuru hakkının kapsamını kamu gücü[27] tarafından hak ve özgürlüklerin ihlali halinde başvurulabilecek bir yol olarak belirleyen Anayasa hükmü karşısında, bu sınırlamanın Anayasaya aykırı olduğu ifade edilmiştir.[28] İlgili sınırlamanın Anayasaya aykırı olmakla birlikte, bireysel başvuru kapsamında yapılacak denetim alanının Anayasaya aykırı bir biçimde daraltıldığı[29], kanunlara karşı somut norm denetimine başvuru imkânının tanınmasının, bu konuya ilişkin yapılacak bireysel başvuru ile gerçekleştirilecek denetimin yerini tutamayacağı belirtilmiştir.[30] Anayasa Mahkemesinin de anılan hükme yönelik açılan iptal davasında tutarlı bir gerekçelendirme yapmadan bu daraltmayı Anayasaya uygun bulduğu ileri sürülmüştür.[31]

---

26 AYM Esas S.: 2011/59 Karar S.: 2012/34 Kt.: 01.03.2012, R.G. Tarih - Sayı: 02.04.2013-28606.

27 Anayasa Mahkemesi kararında kamu gücü kavramı, *"... Devlet tüzel kişiliği içerisinde yer alan yasama, yürütme, yargı organları ve bu organlara tabi olan merciler..."* şeklinde tanımlanmıştır. Bkz. Ali Kemal Renklioğlu Başvurusu, Başvuru No: 2012/171, Kt.: 12.02.2013, §15.

28 KANADOĞLU Korkut, **Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 68; ERGÜL Ozan, Sporda Zorunlu Tahkim- Bireysel Başvuru İlişkisi: 'Yargı Denetimi Dışında Bırakılan İşlemleri' Dar Yorumlamak Mümkün Değil mi?", **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt: 32, Yıl: 2015, ss.67-78, s.69.

29 ERDİNÇ Tahsin, "Karşılaştırmalı Olarak Türk Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı (Anayasa Şikâyeti), **TAAD**, Sayı: 20, Yıl: 6, Ocak 2015, ss. 87-138, s.110; KONTACI Ersoy, Bireysel Başvuruda Amaçsal Yorum: Örtülü İdari İşlem Niteliğinde Kanun Hükümleri, https://anayasatakip.ku.edu.tr/wp-content/uploads/sites/34/2017/08/Ersoy-Kontacı-Örtülü-İdari-İşlem-Niteliğinde-Kanun-Hükümleri.pdf, (Erişim Tarihi: 16.02.2021), s.1.

30 SAĞLAM Fazıl, **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti / Anlamı, Kapsamı ve Olası Sorunlar)**, TBB Yayınları, Birinci Baskı, Ekim 2011, Ankara, ss.20-32, s.28.

31 ŞİRİN Tolga, **Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s.85.

Anayasa Mahkemesinin yasama yetkisinin genelliği ilkesine atıf yapan kararının temel dayanak noktası; yasanın uygulanması halinde ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklar bakımından ilk derece mahkemelerine ve derece mahkemelerinin alacağı kararların olası bir hak ihlaline sebebiyet verdiği iddiasıyla da Anayasa Mahkemesine başvurabilme imkânının olduğudur. Ancak bir sonraki başlıkta ele alacağımız bireysel başvuru karar örneklerinde de görüleceği üzere, ihlalin kanundan kaynaklandığı durumlar söz konusu olabilmektedir. Bu durumda kanunun uygulanması hali potansiyel bir mağduriyet yaratabileceği gibi, hak ihlalinin ortaya çıkaracağı sonuçlar telafisi zor zararlara neden olabilecek veya aynı kanun hükmüne dayanılarak verilen kararlar ile hak ihlalinin sürekliliği söz konusu olabilecektir.[32] Bu nedenle, belirtilen ek gerekçeler çerçevesinde doktrinde ileri sürülen bireysel başvuru kapsamında yapılacak denetim alanının Anayasaya aykırı bir biçimde daraltıldığı düşünülmektedir.

Bu hususun açıklığa kavuşturulabilmesi açısından, Anayasa Mahkemesinin bu konuya ilişkin tespitlerine yer verdiği kararlar örneklerinin ele alınması gerekmektedir.

III. BİREYSEL BAŞVURU KAPSAMINDA HAK İHLALİNİN DOĞRUDAN KANUN HÜKMÜNDEN KAYNAKLANDIĞININ TESPİT EDİLDİĞİ ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDAN ÖRNEKLER

1. Y.T. Başvurusu[33] - Anayasa Mahkemesi Genel Kurul Kararı

Y.T. başvurusu, 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda[34] yapılan değişiklikten sonra bu konuya ilişkin Anayasa Mahkemesine yapılan ilk başvurudur. Başvuruya konu olayda, kolluk görevlileri tarafından yapılan rutin kontrol esnasında hakkında ülkeye giriş yasağı olduğu anlaşılan Y.T.'nin, İl Göç İdaresi tarafından 30.09.2016 tarihinde *"kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı bakımından tehdit oluşturan"* kişilerden olduğu belirtilerek, sınır dışı edilmesine ve idari gözetim altına alınmasına karar verilmiştir. Kararın alındığı tarihte yürürlükte bulunan 6458 sayılı Kanun md.53/3'de, "*... dava açma süresi içinde veya yargı yoluna başvurulması*

---

32 ŞİRİN, s.86.

33 Y.T. Başvurusu, Başvuru No: 2016/22418, Kt.: 30.05.2019, R.G. Tarih - Sayı: 09.07.2019 - 30826.

34 Kabul Tarihi: 04.04.2013, R.G. Tarih - Sayı: 11.04.2013 - 28615.

hâlinde yargılama sonuçlanıncaya kadar yabancının sınır dışı edilemeyeceği" hükmünün, sınır dışı etme gerekçesine bakılmaksızın tüm yabancılara yönelik olarak uygulanması öngörülmüştür.[35] İlgili hüküm gereğince başvurucu hakkında verilen sınır dışı edilme kararı infaz edilmemiştir.

Olaydan yaklaşık bir ay sonra 29.10.2016 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan 676 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname[36] ile 6458 sayılı Kanunu'nda değişiklikler yapılarak, ek hükümler konulmuştur. Yapılan değişiklik 7070 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun[37] md.30 ve md.31 ile aynen kabul edilerek kanunlaşmıştır. 7070 sayılı Kanun'un 30. maddesiyle "*Sınır dışı etme kararı*" kenar başlıklı md.53/3 şu şekilde düzenlenmiştir: *"Yabancının rızası saklı kalmak kaydıyla, dava açma süresi içinde veya yargı yoluna başvurulması hâlinde '54 üncü maddenin birinci fıkrasının (b), (d) ve (k) bentleri ile ikinci fıkrası kapsamındakiler hariç' yargılama sonuçlanıncaya kadar yabancı sınır dışı edilmez."* 7070 sayılı Kanun'un 31. maddesiyle aynen kabul edilen 54. maddede de; "*(b) terör örgütü yöneticisi, üyesi, destekleyicisi veya çıkar amaçlı suç örgütü yöneticisi, üyesi veya destekleyicisi olanlar", (d)"kamu düzeni veya kamu güvenliği ya da kamu sağlığı açısından tehdit oluşturanlar" ve (k)"uluslararası kurum ve kuruluşlar tarafından tanımlanan terör örgütleriyle ilişkili olduğu değerlendirilenler*" hakkında, uluslararası koruma işlemlerinin her aşamasında sınır dışı etme kararı alınabileceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre sınır dışı etme işleminin, sınır dışı edilmelerine karar verilen kişilerin dava açma süresi içerisinde ve yargılama süreci boyunca durmayacağı sonucu ortaya çıkmaktadır. Başvurucunun da yapılan değişiklik çerçevesinde Kanun'un md.54/1 d bendi kapsamında olduğu belirtilerek sınır dışı edilmesine karar verilmiştir.

---

[35] 676 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'den Önceki Mevzuat 6458 sayılı Kanun'un "Sınır dışı etme kararı" kenar başlıklı 53. maddesi şöyledir: "*Yabancı veya yasal temsilcisi ya da avukatı, sınır dışı etme kararına karşı, kararın tebliğinden itibaren on beş gün içinde idare mahkemesine başvurabilir. Mahkemeye başvuran kişi, sınır dışı etme kararını veren makama da başvurusunu bildirir. Mahkemeye yapılan başvurular on beş gün içinde sonuçlandırılır. Mahkemenin bu konuda vermiş olduğu karar kesindir. Yabancının rızası saklı kalmak kaydıyla, dava açma süresi içinde veya yargı yoluna başvurulması hâlinde yargılama sonuçlanıncaya kadar yabancı sınır dışı edilmez."*

[36] R.G. Tarih - Sayı: 29.10.2016 - 29872, md.35.

[37] R.G. Tarih - Sayı: 08.03.2018-30354.

Başvurucu, 31.10.2016 tarihinde söz konusu işleme ilişkin yürütmenin durdurulması talebiyle birlikte, Bursa İdare Mahkemesinde iptal davası açmıştır. Mahkemenin 21.12.2016 tarihli kararıyla, hem yürütmenin durdurulması isteminin hem de süre aşımı nedeniyle davanın reddine karar verilmiştir. İlgili davada ileri sürülen kötü muameleye ilişkin iddialar hakkında ise herhangi bir değerlendirme yapılmamıştır. Başvurucu, İdare Mahkemesinde dava açtığı gün, Anayasa Mahkemesine geçici tedbir talebiyle birlikte bireysel başvuruda bulunmuştur. Başvurucu bireysel başvuru dilekçesinde; ülkesine geri gönderilmesi hâlinde kötü muameleye maruz kalma riskinin olduğunu ve sınır dışı edilme kararının her an icra edilebilir olması nedeniyle idare mahkemesinin etkin bir başvuru yolmaktan çıktığını, bu nedenle etkili başvuru hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Başvurucu bu iddialarını ise mevzuat değişikliğine dayandırmıştır.[38]

Anayasa Mahkemesi, Y.T. başvurusuna konu olan benzer ihlal iddialarına ilişkin değerlendirmelerini A.A. ve A.A.[39] ve Yusuf Ahmed Abdelazim Elsayad[40] kararlarında yapmıştır. İlgili kararlarda, hakkında sınır dışı etme kararı verilen kişilerin idare mahkemesinde açacakları davalarını takip etme olanaklarının olmadığına ve bu kişilerin ülkelerinde karşılaşacakları olası risklerden korunabilmeleri için bu karara karşı etkili bir yolun tanınması gerekliliğine değinmiştir. Mahkeme, Y.T. başvurusu bakımından da yukarıda değinilen ilkelerden hareketle, sınır dışı etme işlemleri bakımından idari ve yargısal makamlara tanınan iptal yetkisinin etkili bir yargısal koruma sağlanması açısından tek başına yeterli bir güvence sağlamayacağını ifade etmiştir. Bu bağlamda, etkin bir koruma sağlanabilmesi için, dava açma

---

38 Y.T., §18-20-21.

39 A.A. ve A.A Başvurusu, Başvuru No: 2015/3941, Kt.: 01.03.2017. Yabancıların ülkeye kabul edilmesi ve ülkeden sınır dışı edilmesi bakımından takdir yetkisinin devlete ait olduğuna ve söz konusu işlemlerin Anayasada teminat altına alınan hak ve özgürlüklere müdahale oluşturması halinde bireysel başvuruya konu edilebileceğine ilişkin bkz. A.A. ve A.A., §54. Sınır dışı edilmeleri neticesinde gönderildikleri ülkede kötü muameleye maruz kalabilecek yabancıların maddi ve manevi varlıklarının maruz kalabilecekleri risklere ilişkin korunmalarının devletin pozitif yükümlülüğü arasında yer aldığına ilişkin bkz. A.A. ve A.A., §59. Sınır dışı edilecek kişinin gönderileceği ülkede kötü muameleye maruz kalacağına ilişkin iddialarının idari ve yargısal makamlar tarafından ayrıntılı bir şekilde araştırılması, idari makamların sınır dışı kararlarının hakkında karar verilen kişilerinde etkin katılımının sağlandığı bir yargılama süreci içerisinde bağımsız bir yargı organı tarafından denetlenmesi ve bu denetim sürecinde sınır dışı kararlarının icra edilmemesine ilişkin bkz. A.A. ve A.A., §62.

40 Yusuf Ahmed Abdelazim Elsayad Başvurusu, Başvuru No: 2016/5604, Kt.: 24.05.2018. Hak ihlaline ilişkin iddiaların ileri sürülebileceği başvuru yolunun mevzuatta öngörülmesinin yeterli olmadığı ifade edilerek, öngörülen yolun aynı zamanda etkili olması gerektiğine ilişkin bkz. Yusuf Ahmed Abdelazim Elsayad, §61.

süresi içinde ilgili kişilerin sınır dışı edilmemesi ve davalarını takip edebilmelerini sağlayacak bir sistemin yasal altyapısının kurulması gerekliliğini vurgulamıştır.[41]

Mahkeme, 6458 sayılı Kanun'un 54. maddesinde 7070 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik çerçevesinde, ilgili maddenin 1. fıkrasının (b), (d) ve (k) bentlerinde sayılan yabancıların, ülkelerinde yaşam hakkının ihlal edileceğini veya kötü muameleye maruz kalacağını ileri sürmeleri halinde, açtıkları davayı sonuna kadar takip edebilme olanaklarının kalmadığını ifade etmiştir. Yapılan bu değişikliğin, Anayasa md.17/1, md.17/3 ve md.40 ile birlikte Anayasa Mahkemesinin bu konuya ilişkin yerleşik içtihatlarıyla uyumlu olmadığını belirtmiştir. Bununla birlikte, başvurucunun idare mahkemesine açmış olduğu davanın sonucunu beklediği süreç içerisinde, sınır dışı edilmesine ilişkin riskin ortadan kaldırılmasına yönelik yasal bir güvenceye sahip olmadığını, bu nedenle Anayasanın 17. maddesiyle bağlantılı olarak etkili başvuru hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Bu doğrultuda Mahkeme; pilot karar usulünün uygulanmasına[42], başvurucunun ülkesinde kötü muameleye maruz kalabileceği yönündeki iddialarının araştırılıp değerlendirilmek üzere yeniden yargılama yapılması için dosyanın ilgili Mahkemeye gönderilmesine, bu süreçte yargılama sonuçlanıncaya kadar başvurucunun sınır dışı edilmemesine karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi, ihlalin, idari makamların veya derece mahkemelerinin Anayasaya uygun yorum[43] yapmalarına imkân vermeyecek açıklıktaki bir kanun hükmünü uygulamaları nedeniyle ortaya çıkması durumunda, ihlalin kanunun uygulanmasından ziyade doğrudan kanundan kaynaklandığını belirtmiştir. Bu bağlamda, tespit edilen ihlalin ortaya çıkardığı tüm sonuçlar-

---

41 Y.T., §49, §50, §51.

42 Y.T. başvurusunun ardından, 08.04.2019 tarihi itibarıyla aynı içerikte 1.545 başvuru olduğu tespit edilmiştir. Mevzuat değişikliğinden kaynaklanan ve yapısal bir sorun haline gelen mevcut durum nedeniyle, Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü uyarınca pilot karar usulünün başlatılmasına karar verilmiştir. İçtüzük md.75/5 uyarınca, aynı mahiyetteki yeni başvuruların bir yıl süreyle ertelenmesine karar verilmiştir. Detaylı bilgi için bkz. Y.T., §§77-79.

43 Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesini düzenleyen Anayasa md.11, anayasaya uygun yorumun pozitif dayanağıdır. Bkz. ODER Bertil Emrah, **Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri**, Beta Yayınları, İstanbul, 2010, s.134 vd. Mehmet Apaydın başvurusu, anayasaya uygun yorumunu betimleyen paragrafları çerçevesinde rehber niteliğindedir. Bireysel başvuru kararlarının yalnız başvurucular nezdinde değil, derece mahkemeleri önündeki benzer uyuşmazlıklarda da etkili olması temel hak ve özgürlüklerin korunmasında son derece önemlidir. Mehmet Apaydın Başvurusu, Başvuru No: 2015/13099, Kt.: 08.01.2020, R.G. Tarih ve Sayı: 24.01.2020 - 31018, §47.

la birlikte giderilebilmesinin; ihlalin kaynağı olarak tespit edilen kanun hükmünün yeni ihlallere yol açmayacak şekilde değiştirilmesi ya da tamamen kaldırılması[44] ile mümkün olabileceğini ifade etmiştir. Somut olay bakımından ihlalin idare mahkemesinin uygulamasından veya mevzuatın yanlış yorumlanmasından kaynaklanmadığını, 6458 sayılı Kanun'un 53. maddesinde yapılan değişiklik sonucunda ortaya çıktığını tespit etmiştir. İlgili hükme ilişkin bir düzenleme yapılmadığı takdirde, yeniden yargılama yoluyla ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasının mümkün olamayacağını belirtmiştir. İlgili değişiklik bakımından takdirin yasama organına ait olduğunu hatırlatan Mahkeme, ihlalin ve sonuçlarının giderilebilmesi bakımından kanun hükmünün gözden geçirilmesi gerektiğine değinmiştir. Bu doğrultuda yasama organı tarafından, "*6458 sayılı Kanun'un 53. maddesinin 3. fıkrasının değişiklikten önceki hâle getirilmesi ya da hakkında sınır dışı etme kararı alınan kişilerin bu karara karşı dava açma süresi içinde ve dava açılması hâlinde yargılama boyunca kendiliğinden ülkede kalmalarını sağlayacak başka bir düzenleme yapılmasının*", bu konudaki yapısal sorunu ortadan kaldıracağını ve benzer nitelikte yeni başvuruların yapılması açısından engelleyici bir işleve sahip olabileceğini belirtmiştir. Bu bakımdan kararın bir örneğinin yasama organına gönderilmesine karar vermiştir.[45]

Oybirliği ile alınan bu kararda, Anayasa Mahkemesi üyelerinden M. Emin Kuz, yasama organına bildirilmesi görüşüne ek gerekçe ile katılmıştır. Gerekçesinde söz konusu yapısal sorunun çözümü bakımından yasama organına ilgili hükümde değişiklik yapılmasına yönelik çağrının, mutlak bir şekilde böyle bir düzenleme yapılması şeklinde anlaşılmaması gerektiğini belirtmiştir. Konuya ilişkin yapılacak düzenleme ile ilgili kişiler bakımından etkili başvuru hakkını teminat altına alacak başka düzenlemelerin de yapılabileceği hususunun açıklığa kavuşturulmasında fayda bulunduğunu, dolayısıyla takdirin tamamen yasama organının ait olduğunu ifade etmiştir.

Anayasa Mahkemesi Y.T. kararı ile ilk kez pilot karar usulüne[46] ve yapısal sorunun çözümü için TBMM'ye çağrıda bulunulması yoluna başvurmuş-

---

[44] Bazı durumlarda ihlalin kaynağı olarak tespit edilen kanun hükmünün kaldırılmasının, ihlalin sebebiyet verdiği mağduriyeti gidermediği, bu gibi durumlarda mağdurların maddi ve manevi zararlarının da giderilmesine yönelik birtakım tedbirlerin alınması gerekliliğine ilişkin bkz. Y.T., §68.

[45] Y.T., §76.

[46] Ayrıntılı bilgi için bkz. EKİNCİ Hüseyin, "Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru İş Yükü, Çözüme Yönelik Mahkeme Pratiği ve Öneriler", **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Sayı: 5, Yıl: 2015, ss.391-432, ("Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru İş Yükü"), s. 410-411.

tur. Bu çağrı ise TBMM nezdinde karşılık bulmuş ve 7196 sayılı Bazı Kanunlarda ve 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un[47] 75. maddesinde şu şekilde bir düzenleme yapılmıştır: "*6458 sayılı Kanunun 53'üncü maddesinin üçüncü fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "on beş gün" ibaresi "yedi gün" şeklinde değiştirilmiş ve fıkrada yer alan "54'üncü maddenin birinci fıkrasının (b), (d) ve (k) bentleri ile ikinci fıkrası kapsamındakiler hariç," ibaresi madde metninden çıkarılmıştır.*" Böylece yapılan bu düzenleme ile ihlale sebebiyet veren düzenleme yürürlükten kaldırılmıştır. Bu sayede ilgili kanun hükmünden kaynaklanacak olası ihlallerin de önüne geçilmiştir.

2. Süleyman Başmeydan Başvurusu[48] - Anayasa Mahkemesi Genel Kurul Kararı

Süleyman Başmeydan başvurusunda başvurucunun; orman alanına fıstık ağacı diktiğinin tespit edilmesinin ardından, Cumhuriyet Başsavcılığının 14.01.2014 tarihli iddianamesiyle, 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 93. maddesinin 1., 2. ve 3. fıkrası gereğince işgal ve faydalanma suçundan cezalandırılması, bununla birlikte 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 54. maddesi gereğince müsadere uygulanması talep edilmiştir. Başvurucu, fıstık ağaçlarının kendi adına tescil edilen taşınmaza dikildiğini ifade ederek beraatini istemiştir. Asliye Ceza Mahkemesi tarafından 04.11.2014 tarihinde, başvurucunun fıstık ağaçlarını ormanlık alana diktiği gerekçesiyle, 6831 sayılı Kanun md.93/1 ve md.93/2 gereğince on ay hapis cezası ile cezalandırılmasına, ilgili maddenin 3. fıkrası ve 5237 sayılı Kanun md.54/1 gereğince fıstık ağaçlarının müsaderesine ve 5271 sayılı Kanun md.231'e göre hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiştir.[49]

Başvurucu 11.11.2014 tarihinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı itiraz etmiş, ancak itirazı Ağır Ceza Mahkemesi tarafından 01.12.2014 tarihinde reddedilmiştir. Başvurucu itirazda bulunduğu gün müsadere kararına karşı da temyiz talebinde bulunmuştur. Temyiz talebine istinaden müsadere işleminin infazının durdurulmasını talep etmiş ancak talebi Asliye Ceza Mahkemesi tarafından reddedilmiştir. Yargıtay 19. Ceza Dairesi tarafından; hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarına karşı itiraz

---

47 R.G. Tarih - Sayı: 24.12.2019 - 30988.

48 Süleyman Başmeydan Başvuru, B. No: 2015/6164, K.t.: 20.6.2019, R.G. Tarih - Sayı: 23.07.2019 - 30840.

49 Kararın gerekçesi için bkz. Süleyman Başmeydan, §16.

yolunun açık olduğu ancak bu kararın temyizinin mümkün olmadığı belirtilmiştir. Bu nedenle itiraz mercii tarafından yapılan inceleme sonucunda hükmedilen kararın kesin nitelikte olduğu ifade edilerek, dosyanın Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına tevdiine karar verilmiştir. Bu karar üzerine başvurucu, ceza kovuşturması sonunda verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kesinleşmesiyle beraber müsadere kararının infaz edilmesinin, mülkiyet hakkını ihlal ettiği iddiasıyla bireysel başvuruda bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi somut olay bağlamında, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesiyle müsadere kararının kesinleştiğinden söz edilemeyeceğini ve hükmün açıklanması kararı ile birlikte müsadere kararının da istinaf ve/veya temyiz yoluna tabi olabileceğini ifade etmiştir.[50] Mahkeme öncelikle müsadere kararına konu olan ağaçların, başvurucu tarafından dikildiğine ve başvurucuya ait olduğuna ilişkin herhangi bir tartışma olmadığını belirtmiştir. Buradan hareketle ağaçların ekonomik değerini de göz önünde bulundurarak, başvurucu bakımından Anayasanın 35. maddesi gereğince mülk teşkil ettiğini tespit etmiştir.[51] Bu tespitini ise benzer konuya ilişkin temel ilkelere yer verilen Mahmut Üçüncü[52] kararına atıf yaparak gerekçelendirmiştir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, ilgili hükmün, açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş olması nedeniyle hukuken henüz varlık kazanmadığını, bu nedenle temyiz merciince inceleme imkânının bulunmadığı aşamada müsadereye ilişkin kararın temyiz aşamasında incelenmesine karar verilmesinin hükmün bütünlüğünü bozacağına karar vermiştir. Bu hususun ise hükmün bir kısmının itiraza bir kısmının ise temyize tabi olması gibi çelişkili bir sonuç ortaya çıkaracağını ifade ederek, müsadere kararının da itiraza tabi olduğunu belirtmiştir. Yargıtay'ın ilgili içtihadına göre, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi nedeniyle başvurucu müsadere kara-

---

[50] Süleyman Başmeydan, §48.

[51] Anayasa Mahkemesi üyesi Serdar Özgüldür bu görüşe katılmamıştır. Karşıoy gerekçesinde, Devletin tasarrufu altında olan ve özel mülkiyete konu edilemeyecek ormanlık alana başvurucu tarafından dikilen fıstık ağaçlarının mülkiyetine ilişkin meşru bir beklentinin söz konusu olamayacağı, dolayısıyla bir hakkın varlığından bahsedilemeyeceği gerekçesiyle başvuru hakkında kabul edilmezlik kararı verilmesi gerektiğini ifade etmiştir.

[52] Mahmut Üçüncü Başvurusu, Başvuru. No: 2014/1017, Kt.: 13.07.2016. Müsadere tedbirinin uygulanmasının, bilhassa ormanların zarar görmesine ve yok olmasına yol açan bütün eylem ve işlemleri önlemeye yönelik olduğunu, dolayısıyla uygulamanın özünde kamu yararına dayalı meşru bir amacın olduğuna ilişkin ilgili kısım için bkz. Mahmut Üçüncü, §§75-78.

rını temyiz edemediğinden, itiraz mercii hükmün açıklanmasının geri bırakılması koşullarıyla sınırlı olarak bir değerlendirme yapmıştır.[53] Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesinin olası hak kayıplarının önüne geçilebilmesi amacına özgülenmesi nedeniyle, Yargıtay Ceza Genel Kurulu, *"-5237 sayılı Kanun'un 54. maddesinin 4. fıkrasında belirtilen üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşyalar hariç olmak üzere- müsadereye konu eşyanın denetim süresi içinde ve gerektiğinde belirlenecek şartlar dâhilinde yediemin sıfatıyla sanığa teslimine karar verilip verilemeyeceği hususunun ayrıca yerel mahkemelerce değerlendirilmesi gerektiğini"* belirtmiştir.[54]

Somut olayda ise hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kesinleşmesinin akabinde, yargılamanın nihai olarak sona ermemesine ve müsadere kararının kesinleşmemiş olmasına rağmen müsaderenin infazı söz konusu olmuştur. Anayasa Mahkemesi, hükmün bir parçası niteliğinde olan müsadere kararının, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararıyla birlikte verildiği durumlarda kararın bu hükme bağlı olduğunu, bu nedenle askıda bir karar olarak kabul edildiğini hatırlatmıştır. Mahkeme hükmün açıklanmasının geri bırakılması ile birlikte müsadere kararı verildiği durumlarda, müsaderenin nasıl ve ne şekilde uygulanacağına ilişkin açık bir kanun hükmü bulunmadığını belirtmiştir. Bu durumun açıklığa kavuşturulabilmesi bakımından da, kanun koyucunun müsadereye ilişkin farklı bir kanun yolu veya usul düzenleyebileceğini ya da hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiği durumlarda müsadere kararının uygulanmasına yönelik farklı bir mekanizma öngörebileceğini ifade etmiştir. Yapılacak düzenlemelerin ve uygulamaların mülkiyet hakkının korunması bakımından yeterli güvenceleri içermesi gerektiğine, aksi takdirde yapılacak müdahalenin ölçüsüz olabileceğine dikkat çekmiştir. Bununla birlikte mülk sahibi bakımından yapılan müdahalenin aşırı bir külfete yol açmaması bakımından mülk sahibinin zararını gidermeye yönelik alternatif yolların tespit edilmesinin zorunluluğu vurgulanmıştır. 5607 Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda el koyma ve müsadere tedbirleri yönünden mülk sahibinin hakları bakımından öngörülen kapsamlı düzenlemelere atıf yapılarak, somut olay bakımından benzer bir mekanizmanın varlığının tespit edilemediği belirtilmiştir.[55]

---

[53] Süleyman Başmeydan, §57.

[54] Süleyman Başmeydan §29. Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararı, E.2014/6-66, K.2014/365, Kt.: 11.07.2014.

[55] Süleyman Başmeydan §62.

Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi bütün bu hususlar ışığında, kamu yararı ve başvurucunun mülkiyet hakkı arasında adil bir dengenin sağlanamadığı, müsadere kararına karşı itirazlarını ileri sürebilmesine ilişkin etkin bir yolun bulunmadığı ve başvurucuya yüklenen külfetin aşırı ve orantısız olduğu gerekçesiyle mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.[56]

Anayasa Mahkemesi hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiği durumlarda, el konulan eşyanın 5237 sayılı Kanun md.54/1 ve md.54/4 kapsamında olup olmadığına göre nasıl bir karar verileceğine ve müsadere tedbirinin nasıl ve ne zaman uygulanacağına ilişkin belirsizliğin kanun hükmünden kaynaklandığını tespit etmiştir. Bununla birlikte, tedbirin bir an önce uygulanmasının zorunlu olduğu durumlarda, mülk sahibinin haklarının korunması ve tazminat dahil olmak üzere çeşitli mekanizmaların öngörülmesine ilişkin hususları belirleme yetkisinin yasama organının takdirinde olduğunu hatırlatmıştır. Bu doğrultuda, ifade edilen tüm hususların değerlendirilmesi için kararın bir örneğinin TBMM'ye bildirilmesi gerektiğine karar vermiştir. İlgili kararın yasama organına gönderilmesine ilişkin görüşe Anayasa Mahkemesi üyesi Yıldız Seferinoğlu farklı gerekçe ile katılmamıştır. Seferinoğlu, Yargıtay Ceza Kurulunun içtihadına atıf yaparak[57], ihlalin kanun hükmündeki belirsizlikten kaynaklanmadığını, ihlalin uygulamadan kaynaklandığını ifade etmiştir.

İlgili karar neticesinde, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesinde somut başvuru bakımından ihlale konu olan belirsizliğin giderilmesi için yasama organına yapılan çağrıya karşılık, konuya ilişkin henüz bir düzenleme veya değişiklik yapılmadığı görülmektedir. Buradan hareketle ilgili hükümde ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmaya yönelik bir düzenleme yapılmadığı takdirde, ilerleyen zamanlarda aynı konuya benzer ihlal iddialarının ve konuya ilişkin verilecek ihlal kararlarının artacağı düşünülmektedir.

3. Bedrettin Morina Başvurusu[58] - Anayasa Mahkemesi Genel Kurul Kararı

Başvurucu Morina, Bakanlar Kurulunun 06.09.1996 tarihli kararıyla Türk vatandaşlığı kazanmıştır. 3201 sayılı Yurt Dışında Bulunan Türk Va-

---

[56] Mahmut Üçüncü, §§79-102; Süleyman Başmeydan §55.

[57] Süleyman Başmeydan §29. Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararı, E.2014/6-66, K.2014/365, Kt.: 11.07.2014.

[58] Bedrettin Morina Başvurusu, Başvuru No: 2017/40089, Kt.: 05.03.2020, R.G. Tarih - Sayı: 01.07.2020-31172.

tandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanun hükümleri uyarınca, 02.02.1973 ile 21.01.2003 tarihleri arasında Almanya'da geçen çalışma süresine ilişkin borçlanmak istemiyle Sosyal Güvenlik Kurumuna (SGK) başvurmuştur. SGK tarafından talebinin kabul edilmesi üzerine, borçlanma tutarını ödeyen başvurucuya 01.07.2009 tarihinden itibaren yaşlılık aylığı bağlanmıştır.

11.09.2014 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6552 sayılı İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun'un[59] 28. maddesi ile 3201 sayılı Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanun'un 1. maddesi şu şekilde değiştirilmiştir. "*Türk vatandaşları ile doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenlerin on sekiz yaşını doldurduktan sonra Türk vatandaşı olarak yurt dışında geçen ve belgelendirilen sigortalılık süreleri ve bu süreleri arasında veya sonunda her birinde bir yıla kadar olan işsizlik süreleri ile yurt dışında ev kadını olarak geçen süreleri, bu Kanunda belirtilen sosyal güvenlik kuruluşlarına prim ödenmemiş olması ve istekleri hâlinde, bu Kanun hükümlerine göre sosyal güvenlikleri bakımından değerlendirilir*."

İlgili değişikliğe istinaden, başvurucuya yaşlılık aylığının bağlanmasından beş yıl yedi ay geçtikten sonra, başvurucunun Türk vatandaşlığını kazandığı tarihten önce yurt dışında geçen çalışma sürelerini borçlanmasının mümkün olmadığı ve bu sürenin hesaba katılmadığı takdirde kalan çalışma süresinin yaşlılık aylığının bağlanması bakımından öngörülen süreyi karşılamadığı gerekçe gösterilerek, başvurucuya bağlanan aylık SGK tarafından 22.01.2015 tarihinde kesilmiştir. Başvurucu, yaşlılık aylığının kesilmesi ve kendisine yapılan ödemelerin iadesine yönelik işlemin iptali istemiyle SGK'ya müracaat etmiş, ancak talebi reddedilmiştir. Bunun üzerine başvurucu söz konusu işlemin; kazanılmış haklarını zedelediğini ve "Türkiye Cumhuriyeti ile Federal Almanya Cumhuriyeti Arasında Sosyal Güvenlik Hakkında Sözleşme"[60] gereğince, Türk vatandaşlığını doğuştan kazananlar ile sonradan kazananlar arasında ayırım yapılmasının eşitlik ilkesini ihlal ettiğini belirterek, iptal istemiyle Bursa 6. İş Mahkemesinde dava açmıştır.

---

[59] R.G. Tarih - Sayı: 11.09.2014 - 29116.

[60] R.G. Tarih - Sayı: 10.04.1965 - 11976.

Mahkeme, 3210 sayılı Kanun hükümleri gereğince, başvurucunun Türk vatandaşlığını kazanmadan önce yurt dışında geçen çalışma süresine ilişkin borçlanmasının mümkün olmadığını ifade ederek, vatandaşlık öncesi çalışmalara ilişkin isteğinin reddine ve vatandaşlığı kazandıktan sonra geçen çalışma süresi üzerinden başvurucuya yaşlılık aylığı ödenmesine karar vermiştir. Kararı temyiz eden başvurucu, ilgili Kanun'un geriye yürütülerek kazanılmış hakkının ortadan kaldırıldığını ve Türk vatandaşlığını sonradan kazananlara borçlanma imkânı tanınmamasının eşitlik ilkesine aykırı olduğunu belirtmiştir. 27.10.2016 tarihinde Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin ilgili hükme ilişkin bozma kararına[61] istinaden, Mahkeme de davanın reddine karar vermiştir. Başvurucu tarafından temyize götürülen karar, 09.12.2017 tarihinde onanarak kesinleşmiştir. Başvurucu kesinleşen karar üzerine, mülkiyet hakkı ile bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının ihlal edildiği iddiasıyla bireysel başvuruda bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi, 3201 sayılı Kanun'un, yurt dışında çalışan veya yurda dönen vatandaşların Anayasanın 62. maddesinde düzenlenen sosyal güvenlik hakkından yararlanabilmelerine imkân sağladığını belirtmiştir. Bununla birlikte, ilgili Kanun çerçevesinde tanınan haklar bakımından başvuruya konu olan yaşlılık aylığının, Anayasanın 35. maddesi gereğince mülk niteliğinde olduğunu ifade etmiştir.

Anayasa Mahkemesi, 3201 sayılı Kanun'un 1. maddesinde yer verilen düzenleme ile sonradan vatandaşlık kazananlara, vatandaş olmadan önce yurt dışındaki hizmetlerine ilişkin çalışma süresini borçlanma imkânının tanınmadığına değinmiştir. Özellikle yurt dışındaki hizmet sürelerinin borçlandırılarak yaşlılık aylığı tahsis edilmesi bakımından, doğumla vatandaşlığı kazananlar ile sonradan vatandaşlık kazananlar arasında karşılaştırma yapmaya imkân sağlayacak şekilde benzer bir durumun olduğunu vurgulamıştır. Başvurucuya tahsis edilecek yaşlılık aylığına ancak doğumla vatandaşlık kazananlar ile aynı primi ödeyerek borçlanması hâlinde hak kazanabileceği dikkate alındığında ise sosyal güvenlik sistemi üzerinde hem prim hem de aylık miktarı bakımından ekstra bir mali külfetin söz konusu olmayacağını belirtmiştir. Kamu makamlarının bu konuya ilişkin geniş bir takdir yetkisinin olduğunu[62], ancak hizmet sürelerine ilişkin borçlanma bakımından, son-

---

61 Mahkemenin gerekçeli kararı için bkz. Bedrettin Morina, §19.

62 Benzer yönde değerlendirmeler için bkz. Tevfik İlker Akçam Başvurusu, Başvuru No: 2018/9074, Kt.: 03.07.2019, §50.

radan Türk vatandaşı olanlara yönelik farklı bir muamele yapılmasını gerektirir objektif ve makul bir gerekçenin olmadığını ifade etmiştir. Yapılan bu değerlendirmelerin ışığında mülkiyet hakkıyla bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi önceki kararlarında da yer verdiği gibi, ihlalin bir kanun hükmünün uygulanması neticesinde veya kanundaki belirsizlikler sebebiyle ortaya çıktığı durumlar bakımından, söz konusu ihlalin, kanunun uygulanmasından değil, doğrudan kanundan kaynaklandığına ilişkin tespitini hatırlatmıştır. Bu doğrultuda ihlalin ve sonuçlarının giderilebilmesi için, ihlalin kaynağı olarak tespit edilen kanun hükmünün yeni ihlallere yol açmayacak şekilde değiştirilmesi veya ortadan kaldırılması ya da olası ihlallerin önüne geçilmesi adına belirsizliğin giderilmesi gerektiğini ifade etmiştir.[63]

Somut olaya ilişkin ihlalin doğrudan 3201 sayılı Kanun'un 1. maddesinden kaynaklandığı tespit eden Mahkeme, yeniden yargılama yapılması halinde de ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılamayacağını belirtmiştir. Bu konuda takdir yetkisinin yasama organına ait olduğunu hatırlatan Mahkeme, sonradan vatandaşlığa alınanlar bakımından, öngörülecek belirli koşullar altında yurt dışında geçen hizmet sürelerinin borçlanılmasına imkân sağlanmasının, ihlalin giderimi bakımından son derece önemli olduğunu ve böyle bir düzenlemenin benzeri ihlallerin de önüne geçebileceğini ifade etmiştir. Bu doğrultuda kararın bir örneğinin yasama organına gönderilmesi gerektiğine karar vermiştir.[64]

Anayasa Mahkemesi üyesi Serdar Özgüldür bu hususa ilişkin karşıoy gerekçesinde; Almanya'da çalışanlar bakımından halen yürürlükte olan Türkiye - Federal Almanya Sosyal Güvenlik Antlaşması'nın 1. ve 29. maddeleri ile 3201 sayılı Kanun'un 1. maddesinin birbirine tezat hükümler içerdiğini, temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir durumun söz konusu olması sebebiyle Anayasanın 90. maddesinin son hükmü gereğince uluslararası antlaşma hükmünün uygulanması gerektiğini, ihlalin ilgili kanun hükmünden kaynaklanmaması ve dolayısıyla yasama organına bildirimine ihtiyaç bulunmadığını belirterek, çoğunluğun görüşüne katılmamıştır.

---

63 Süleyman Başmeydan, §70.

64 Her ne kadar kararın bir örneği yasama organına gönderilmiş olsa da, bu durumun ihlalin sebebiyet verdiği mağduriyeti gidermediği, bu nedenle maddi ve manevi zararların da giderilmesi gerekliliğine ilişkin ilgili kısım için bkz. Bedrettin Morina §63.

Bedrettin Morina başvurusu bakımından uygulanan 3201 sayılı Kanun'un 3. maddesinin 1. fıkrası şöyledir: *"Bu Kanunun 1'inci maddesinde belirtilenler ile yurt dışında çalışmakta iken veya yurda kesin dönüş yaptıktan sonra ölenlerin Türk vatandaşı olan hak sahipleri sigortalının Türkiye'de hiçbir sosyal güvenlik kuruluşuna tabi çalışması yoksa Sosyal Güvenlik Kurumuna, Türkiye'de çalışması varsa en son tabi olduğu sosyal güvenlik kuruluşuna müracaat etmek suretiyle bu Kanunla getirilen haklardan yararlanırlar."* İlgili hüküm 19.07.2019 tarihinde Resmî Gazete'de yayınlanan, 7186 sayılı Gelir Vergisi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik yapılması Hakkında Kanun'un 8. maddesi ile 08.05.1985 tarihli ve 3201 sayılı Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanunun 3. maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir: "*Bu Kanunun 1'inci maddesinde belirtilenler ile yurt dışında çalışmakta iken veya yurda kesin dönüş yaptıktan sonra ölenlerin Türk vatandaşı olan hak sahipleri Sosyal Güvenlik Kurumuna müracaat etmek suretiyle bu Kanunla getirilen haklardan yararlanırlar. Sosyal güvenlik sözleşmeleri uygulanmak suretiyle kendilerine veya hak sahiplerine kısmi aylık bağlanmış olanların borçlanma işlemleri Sosyal Güvenlik Kurumunca yapılır."* Yasama organına yapılan çağrıya konu olan hususun, başvurunun değerlendirildiği süreç içerisinde TBMM'nin 2019 yılında yapmış olduğu düzenleme ile değiştirildiği ve kararın öncesinde dolaylı olarak karşılık bulduğu görülmektedir. Böylece yapılan bu değişiklik ile Bedrettin Morina başvurusuna benzer başvuruların ve dolayısıyla ihlallerin de önüne geçildiği düşünülmektedir.

4. Recep Bekik ve Diğerleri Başvurusu[65] - Anayasa Mahkemesi Genel Kurul Kararı

Başvuruya konu somut olayda, PKK terör örgütüyle ilgili terör suçlarından tutuklu ya da hükümlü olan başvurucuların, abone oldukları veya satın aldıkları süreli yayınların bazı sayıları, İnfaz Kurumu Eğitim Kurullarının kararı doğrultusunda kendilerine teslim edilmemiştir. İnfaz Kurumu Eğitim Kurulları tarafından alınan kararların gerekçesinde; ilgili süreli yayınlarda ağırlıklı olarak PKK terör örgütü ve liderleri ile üyelerini öven ve terör örgütü propagandası teşkil eden içerikler bulunduğu belirtilmiştir. İlgili yayınlarının teslimi halinde ceza infaz kurumunun güvenliği ile birlikte mahkûmla-

---

[65] Recep Bekik ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2016/12936, Kt.: 27.03.2019, R.G. Tarih ve Sayı: 21/5/2019-30780.

rın ıslahının gerçekleşmesinin mümkün olamayacağı ifade edilmiştir. Başvurucular ilgili karara karşı İnfaz Hâkimliklerine şikâyette bulunmuş, ancak şikâyetleri reddedilmiştir. Başvurucular İnfaz Hâkimliklerinin red kararına karşı itirazda bulunmuş, ancak bu itirazlar da ilgili kararların usul ve yasaya uygun olduğu gerekçesiyle Ağır Ceza Mahkemeleri tarafından reddedilmiştir. Bu karar üzerine başvurucular, abone oldukları veya satın aldıkları süreli yayınların kendilerine teslim edilmemesi nedeniyle ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiası ile bireysel başvuruda bulunmuşlardır.

Anayasa Mahkemesi bahsi geçen yayınların başvuruculara teslim edilmemesine ilişkin verilen kararlarda; Mahkemenin benzer konuya ilişkin Halil Bayık[66] kararında belirlediği kriterlere yönelik bir değerlendirme yapılmadığını, yayınların sakıncalı bulunan kısımlarının belirtilmediğini ve gerekçelendirmenin soyut değerlendirmelere dayandığını ifade etmiştir. Bununla birlikte idari kararlar ve derece mahkemelerinin kararları incelendiğinde, yayınların başvuruculara teslim edilmemesine ilişkin büyük payın, başvuruculara terör mahkûmu olmalarından kaynaklandığını belirtmiştir. Bununla birlikte, ceza infaz kurumlarında bulunan aynı statüdeki tutuklu ve hükümlülerin yayınlara erişimi bakımından yeknesak bir uygulamanın olmadığı ve değerlendirmelerin son derece değişken olduğu ifade edilmiştir. Ortaya çıkan idari uygulama farklılıklarının ise, idari faaliyetlerinin belirliliği ilkesine dolayısıyla hukuk devletine aykırılık oluşturduğuna yer verilmiştir.

Ceza infaz kurumu idarelerinin, tutuklu ve hükümlülerin haber ve fikir alma özgürlüğünün sağlanması hususunda birincil derecede yetkili ve görevli olduğu vurgulanmış, ancak İnfaz Hâkimliklerinin süreli yayınlara erişim hususunda idarenin herhangi bir gerekçeye dayanmayan uygulamalarını ve bu uygulamaların neden olduğu farklılıkları engellemek bakımından yeterli olmadıkları belirtilmiştir. Bu doğrultuda, ortaya çıkan ihlallerin giderilebilmesi ve potansiyel başvuruların önlenebilmesi için, süreli yayınların etkin bir şekilde değerlendirilerek, mahpuslar arasında farklılık doğuracak uygulamaların engellenebilmesine yönelik bir mekanizma kurulmasına ihtiyaç olduğu belirtilmiştir.

Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi, konuya ilişkin önceki içtihatlarından[67] ayrılmasını gerektiren bir durumun bulunmadığını ifade ederek, süreli

---

[66] Halil Bayık Başvuru, Başvuru No: 2014/20002, Kt.: 30.11.2017.

[67] Recep Bekik ve Diğerleri §46; Ahmet Temiz ve Musa Şanak Başvurusu, Başvuru No: 2015/13923, Kt.: 07.03.2018; Ahmet Temiz ve Musa Şanak Başvurusu (2), Başvuru No:

yayınların teslim edilmesine ilişkin uygulamadan kaynaklanan bir yapısal sorun bulunduğunu tespit etmiştir. Bu nedenle, mahpusların süreli yayınlara erişimi ve ilgili yayınların teslimi bakımından Anayasa Mahkemesinin öngördüğü kriterler çerçevesinde yeknesak uygulanabilecek etkin bir sistem kurulmadığı takdirde, mevcut yapısal sorunun devam edeceğini belirtmiştir. Uygulamadan kaynaklanan söz konusu yapısal sorun gerekçesiyle, başvuruculara teslim edilmeyen süreli yayınlar bakımından ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir.[68]

Anayasa Mahkemesi üyelerinden Rıdvan Güleç ve Yıldız Seferinoğlu ise karşıoy gerekçesinde; Mahkemenin cezaevi yayın kurullarının işleyişine yön verilmesi ve uygulamaya ilişkin çözüm önerileri ileri sürülmesi şeklinde anlaşılabilecek kararlar vermesinin mümkün olmadığını, somut başvurular bakımından ifade özgürlüğünün ihlal edilip edilmediğinin ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekirken, mevcut sisteme ve uygulamaya ilişkin sorunları çözümlemeye yönelik genel bir ihlal kararı verilmesi şeklindeki çoğunluk görüşüne katılmadıklarını, ilgili başvuru bakımından ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğini belirtmişlerdir.

Anayasa Mahkemesi, başvuruya konu olan husus bakımından yapısal soruna işaret etmiş olsa da bu çalışma açısından konuya ilişkin yapılan yasa değişikliğine değinmek gerekmektedir. 7242 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un[69] 32. maddesi ile 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 62. maddesinin 3. fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiş ve maddeye aşağıdaki fıkra eklenmiştir. *"(3) Kurum disiplinini, düzenini veya güvenliğini bozan ya da tehlikeye düşüren, hükümlülerin iyileştirilmesi amacına ulaşmayı zorlaştıran yahut müstehcen haber, yazı, fotoğraf ve yorumları kapsayan hiçbir yayın hükümlüye verilmez." "(4) Basın İlân Kurumu aracılığıyla resmî ilan ve reklam yayınlama hakkı bulunmayan gazeteler, ceza infaz kurumuna kabul edilmez. Ancak ilan ve reklamın geçici süreyle kesilmesi hâli, bu hükmün dışındadır. Yabancı dilde yayımlanmış*

2015/14850, Kt.: 07.03.2018; Hikmet Kale Başvurusu (2), Başvuru No: 2015/2686, Kt.: 07.03.2018; Ahmet Temiz Başvurusu (11), Başvuru No: 2015/16566, Kt.: 07.03.2018; Ahmet Temiz Başvurusu (12), Başvuru No: 2015/4500, Kt.: 08.03.2018; Kamuran Reşit Bekir Başvurusu(6), Başvuru No: 2014/1117, Kt.: 24.01.2018, Murat Kaymaz Başvurusu(2), Başvuru No: 2015/12913, Kt.: 21.03.2018.

68 Recep Bekik ve Diğerleri §59.

69 R.G. Tarih - Sayı: 15.04.2020 - 31100.

gazete ve dergilerin ceza infaz kurumuna kabul edilmesinde Adalet Bakanlığı yetkilidir." İhlale konu olan kanun hükmünün uygulanmasından kaynaklanan yapısal sorunun giderilmesi için yapılan değişikliğin, sorunun giderilmesinden ziyade ifade özgürlüğüne ilişkin alanı daralttığı görülmektedir. Bu doğrultuda, değişiklikle getirilen sınırlama sebeplerinin idari uygulama farklılıklarını yaygınlaştıracağı[70] ve artan sınırlandırmaların ifade özgürlüğünün ihlali bakımından süreklilik sağlayacağı düşünülmektedir.

İncelenen kararların ışığında bir değerlendirme yapmak gerekirse, kanun hükmünden kaynaklandığı tespit edilen ihlaller bakımından yasama organına yapılan çağrı karşısında yasama organının sergilediği tutum açısından farklılıkların ortaya çıktığı görülmektedir. Y.T. ve Bedrettin Morina başvurusu neticesinde ihlalin kaynağı olarak tespit edilen kanun hükümlerinde yapılan değişiklik ile benzer konuya ilişkin yapılacak başvuruların ve olası ihlal kararlarının önüne geçildiği düşünülmektedir. Ancak Süleyman Başmeydan başvurusuna ilişkin yasama organına yapılan çağrının cevapsız kalmasının, Recep Bekik ve Diğerleri başvurusunda kanun hükmünün uygulanmasından kaynaklanan yapısal sorunun giderilmesi açısından yapılan değişiklik ile hakkı sınırlandırma sebeplerinin arttırılmasının, hak ihlali iddiasına dayanan başvuru sayısını arttıracağı ve Mahkemenin yasama organına bu konuda yeniden bir çağrı yapmak durumunda kalacağı düşünülmektedir. Bu nedenle yeni ihlallerin önlenebilmesi için bireysel başvurunun amacına uygun olarak ihlal kararlarının gereğinin yapılmasının büyük bir öneme sahip olduğunun vurgulanması gerekmektedir.

IV. BİREYSEL BAŞVURU KAPSAMINDA VERİLEN İHLAL KARARLARININ KANUN HÜKMÜNDEN KAYNAKLANDIĞININ TESPİTİ VE ORTAYA ÇIKAN SONUÇLARA İLİŞKİN ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

6216 sayılı Kanun md.45/3'de, bir yasama işleminin doğrudan bireysel başvuruya konu edilemeyeceği açıkça düzenlemiştir. Dolayısıyla bireysel başvuru yolu ile bir yasama işlemine karşı temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddiası doğrudan ileri sürülememektedir. İhlal iddiası ancak yasama işleminin uygulanması halinde ortaya çıkan bir işlem, eylem ve ihmale karşı yapılabilecektir. Anayasa Mahkemesi de bu düzenleme çerçevesinde, doğ-

---

[70] Yapısal sorunlara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. ERCAN Evin Naz, Hapishanelerde İfade Özgürlüğü Bakımından Kitap Yasakları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2020 s.119.

rudan yasama işlemine dayanan veya yasama işleminin iptali talebine dayanan başvurular söz konusu olduğunda konu bakımından yetkisizlik gerekçesiyle kabul edilmezlik kararı vermektedir.[71]

Bununla birlikte Anayasa Mahkemesinin hak ihlalinin kanun hükmünden kaynakladığını tespit ettiği durumlarda ne yönde karar vermesi gerektiğine ilişkin 6216 sayılı Kanun md.50'de herhangi bir düzenlemeye yer verilmediği görülmektedir. Bu durum ise, Anayasa Mahkemesi tarafından ihlalin kaynağı olarak tespit edilen kanunun uygulanmaya devam edilerek, yeni ihlallere yönelik potansiyelin sürekliliğine neden olmaktadır.[72] Bu sürekliliğin bir diğer sakıncası da ilgili hükme ilişkin bireysel başvuru neticesinde hak ihlali tespit edilen başvurular ile aynı hükmün mağduru olup bireysel başvuru yoluna gitmemiş kişiler arasında farklı sonuçların ortaya çıkmasına neden olmasıdır.

Anayasa Mahkemesinin son dönemde bu duruma ilişkin artan sayıdaki ihlal kararları gözetildiğinde, tartışılması gereken husus 6216 sayılı Kanun'un Tasarı aşamasında yer verilen ancak Alt Komisyon tarafından çıkarılan iptal yetkisinin[73] alternatif bir çözüm bir olup olamayacağıdır. I. Başlık altında detaylı bir şekilde ele alınan Tasarı'dan iptal yetkisinin çıkarılmasına ilişkin gerekçeler incelendiğinde, bu yetkinin tekrar verilmesine yönelik önerinin kanun koyucunun amacıyla örtüşmediği açıktır. Ancak halihazırdaki somut durum gözetildiğinde, bu sorunun sıklıkla gündeme gelmeye başladığının göz ardı edilmemesi gerekmektedir. Bu nedenle, ilgili tasarıda yer verilen hükmün, diğer alternatif çözüm yolları arayışına ışık tutacağı düşü-

---

71 KAPLAN Recep, **Bireysel Başvuruda Konu Bakımından Yetki Kriteri**, Bireysel Başvuru Kabul Edilebilirlik Kriterleri Rehberi, (Editörler: Muharrem İlhan Koç, Recep Kaplan), Anayasa Mahkemesi Yayınları, Epa-Mat Basım Yayıncılık, Ankara, 2017, ss.91-119, s.116-117; KARAN Ulaş, **Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Rehberi**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2015, s.153; Arif Güneş Başvurusu, Başvuru No: 2012/837, Kt.: 05.03.2013, §13-19; Ahmet Soysal Başvurusu, Başvuru No. 2012/237, Kt.: 26.03.2013, §24; Nedim Erkuş Başvurusu, Başvuru No.2013/988, Kt.: 10.03.2015, §48; F.E. Başvurusu, Başvuru No.2013/2076, Kt.: 10.03.2015, §33; Deniz Seki Başvurusu, Başvuru No. 2014/5117, Kt.: 25.06.2015, §90; Abdurrahman Sanda Başvurusu, Başvuru No: 2014/3907, Kt.: 07.12.2016, §45; Mahmut Mahir Çelikbaş Başvurusu, Başvuru No: 2014/12971, Kt.: 01.02.2017; §31; Mümin Karaşinik Başvurusu, Başvuru No. 2014/15386, Kt.: 19.06.2017 §25, 26; Mehmet Fatih Durak Başvurusu, Başvuru No: 2015/7630, Kt.: 19.12.2017.

72 EKİNCİ, "Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru İş Yükü", s.422.

73 Şirin, ilgili hükmün çıkarılmasını büyük bir talihsizlik şeklinde ifade etmiş ve bunu Anayasa Mahkemesinin kanunları iptal yetkisine ilişkin yasama çoğunluğunun yapısal olarak sorunlu bakış açısı nedeniyle gerçekleştiğini ifade etmiştir. Bkz. ŞİRİN, s.87; Benzer görüş için bkz. ERDİNÇ, s. 113 ve dipnot 65.

nülmektedir.[74] Bu doğrultuda bir sonraki başlıkta ilgili düzenleme ile birlikte ihlalin ve sonuçlarının giderilebilmesi bakımından Anayasa Mahkemesine ve yasama organına ilişkin alternatif çözüm yolları ele alınacaktır.

1. Anayasa Mahkemesine Yönelik Öneriler

Anayasa Mahkemesine yönelik önerilere geçmeden önce, bu konuya ilişkin mukayeseli hukuk çerçevesindeki örneklere bakılmasının faydalı olacağı düşünülmektedir. Farklı ülkelerde yasama işlemlerine karşı bireysel başvuru yolunun kapalı olmasına ilişkin düzenlemelerin yanı sıra, yasama işleminden kaynaklanan bir ihlal tespit edildiği durumlarda bu ihlalin giderilmesi bakımından çeşitli usuller benimsenmiştir.[75] Örneğin Almanya'da bireylere, yasama işlemlerine karşı Anayasa Mahkemesine doğrudan bireysel başvuru imkânı tanınmıştır[76]. Avusturya'da ise bireysel başvurunun incelendiği sırada ihlale konu olan kanun maddesinin Anayasaya aykırı olabileceği kanaatine varıldığında, söz konusu kanunun Anayasaya aykırılığı sorununun Anayasa Mahkemesinin resen başlattığı inceleme ile denetleyebilmesi, ilgili sorunun çözümü bakımından en sık başvurulan yöntemdir.[77] Bu bağlamda Anayasa Mahkemesine başvuru yetkisi, yasal düzenlemelerden doğrudan etkilenen kişilere ve belirli devlet organlarına tanınmıştır.[78] İspanya'da ise ülkemizdeki uygulamaya benzer bir şekilde bireylerin hak ihlalinin kanundan kaynaklandığı durumlarda kanunlara karşı doğrudan bireysel başvuru hakkının olmadığı, ilgili kanunun Anayasaya uygunluk denetiminin ancak iptal davası ya da itiraz yoluyla yapılabileceği düzenlenmiştir.[79] Ül-

---

74 AYDIN Öykü Didem, "Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 15, Sayı: 4, Yıl: 2011, ss. 121-170, s.146.

75 Latin Amerika ülkelerinde yasaya karşı doğrudan bireysel başvuru yolu tanınmasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. İNCEOĞLU Sibel, **Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Bireysel Başvuru Türkiye ve Latin Modelleri**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, (Bireysel Başvuru Türkiye ve Latin Modelleri), s.191-192.

76 AYDIN, s. 141-142; YALÇINÖZ Bahadır, "Bireysel Başvuruya Konu Olamayacak İşlem ve Kararlar", **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Sayı: 2, Yıl: 2013, ss.187-206, s.194; MELLINGHOF Rudolf, "Federal Almanya Cumhuriyeti'nde Anayasa Şikayeti", **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt: 26, Yıl 2009, ss. 31-44, s.36.

77 HOLZINGER Gerhart, "Avusturya Anayasa Hukukunda Anayasa Şikâyeti ve Bireysel Başvuru", **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt: 26, Yıl: 2009, ss.61-79, s.68.

78 HOLZINGER, s.68.

79 CASAS BAAMONDE Maria Emilia, "Amparo Başvurusu", **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt: 26, Yıl: 2009, ss.101-110, s.103; ESEN ARNWINE Selin, "İspanya'da Bireysel Başvuru Yolu", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 52, Sayı: 4, Yıl: 2003, ss. 249-271, s.255; İNCEOĞLU, Bireysel Başvuru Türkiye ve Latin Modelleri, s. 194.

kemiz açısından ise 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesi gözetildiğinde, ilgili maddede bu hususa ilişkin bir düzenleme olmadığı görülmektedir.

Bu durumda tartışılması gereken husus; bölümlerin açıkça kanunda yazılı olmamasına rağmen, bireysel başvuruya konu somut olaya ilişkin uygulanan kanun maddesinin Anayasaya aykırı olduğunu tespit etmesi halinde, itiraz yoluyla Genel Kurula başvuru yapıp yapamayacağı ve Anayasa Mahkemesinin de ilgili hükmü iptal edip edemeyeceğidir.[80]

Kanun koyucunun amacı göz önünde bulundurularak bir karara varılacak olursa, 6216 sayılı Kanun md.50/2 gereğince Anayasa Mahkemesi, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için dosyayı yeniden yargılama üzere ilgili mahkemeye gönderecektir. İlgili fıkra gereğince yeniden yargılama yapmakla yükümlü olan mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlâl kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde karar verecektir.[81] Bu çözümün, mahkeme kararından kaynaklanan ihlaller bakımından elverişli olduğu savunulabilse de kanundan kaynaklanan ihlaller bakımından mahkemenin yürürlükteki kanunu uygulamak zorunda olduğu dikkate alındığında, ihlale konu olan karara benzer nitelikte bir karar vermek durumunda kalabilecektir.[82] Anayasa md.153/6'da öngörülen Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı gereğince, yeniden yargılama yapmakla yükümlü olan Mahkemenin ihlali ortadan kaldıracak şekilde uyuşmazlığı çözüme kavuşturması gerekmektedir. Sadece ihlal kararının ihlali doğuran işleme karşı verildiği, ancak o işlemin dayanağı olan normun mevcut hali korunarak yürürlükte kaldığı durumlarda aynı iddialar ile yeni başvurular yapılabileceği ihtimali de varlığını sürdürmektedir.[83] Dolayısıyla ihlalin, kanundan kaynaklandığının tespit edildiği durumlar bakımından, yeniden yargılamanın ihlali ve sonuçları ortadan kaldırmaya uygun olmadığı düşünülmektedir.[84] Bu bağlamda konuya ilişkin *alternatif çözüm yollarından birincisi*, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde karar vermek üzere ilgili mahkemenin, Anayasanın 152. maddesi ve 6216 sayılı Kanun'un 40. maddesi gereğince

---

80 YALÇINÖZ, s.192.

81 Anayasa Mahkemesinin yeniden yargılama yapılmasına hükmettiği durumlarda, derece mahkemelerinin önceki kararının kaldırılması yönünde bir takdir yetkisinin bulunmadığı, Mahkeme kararı ile tespit edilen ihlalin ve sonuçlarının giderimi bakımından gerekeni yapmakla yükümlü olduğu hususuna ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. Mehmet Doğan §59- 60.

82 AYDIN, s.141.

83 ŞİRİN, s.85.

84 AYDIN, s.141, 144; İNCEOĞLU, Bireysel Başvuru Türkiye ve Latin Modelleri, s. 197.

somut norm denetimi aracılığıyla Anayasa Mahkemesine Anayasaya uygunluk denetimi için başvurmasıdır.[85] Nitekim izlenecek bu yöntemin, -her ne kadar hem Anayasa hem de 6216 sayılı Kanun ile öngörülen düzenlemeye uygun olsa da- ihlalin sürekliliğine ve yargılama sürecinin uzamasına neden olacağı düşünülmektedir.

Bununla birlikte ihlalin kaynağı olarak tespit edilen kanun hükmünün daha önce somut norm denetimine konu edildiği ve Anayasa Mahkemesi tarafından esastan reddedildiği durumlarda ise Anayasa md.152/4 gereğince, on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamamaktadır. Böyle bir durumda akla kanundan kaynaklanan ihlaller söz konusu olduğunda ne yapılması gerekeceği sorusu gelecektir. Yargıtay, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararlarına bakıldığında, kadının soyadına ilişkin yargısal sürecin bu soruya ve karşılaşılan olası sorunlara ilişkin örnek teşkil edebileceği söylenebilecektir.

Hatırlanacağı üzere kadının evlendikten sonra kocasının soyadını alacağını düzenleyen 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi md.153/1 hükmünün, somut norm denetimi aracılığıyla Anayasada öngörülen eşitlik ilkesine aykırı olduğuna ilişkin iddiayı değerlendiren Anayasa Mahkemesi, söz konusu hükmün Anayasaya aykırı olmadığına oyçokluğu ile karar vererek itirazı reddetmiştir.[86] Bu kararın ardından, ilgili kanun hükmünün uygulanmasına dayanan ve başvurunun değerlendirildiği sırada 2001 Kasım ayında yürürlüğe giren ve aynı düzenlemeyi getiren 4271 sayılı Türk Medeni Kanunu md.187, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan bireysel başvurular neticesinde değerlendirmeye konu olmuştur. Yapılan inceleme neticesinde ilgili başvuruda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi ile birlikte 14. maddesinin ihlal edildiğine karar verilmiştir.[87] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararının[88] ardından ilgili kararlara konu olan Türk Medeni Kanunu md.187, Anayasanın 2., 10., 12., 17., 41. ve 90. maddelerine aykırı-

---

85 AYDIN, s.145; Bu yöntemin bölüm tarafından öneri olarak sunulabileceğine ilişkin görüş için bkz İNCEOĞLU, Bireysel Başvuru Türkiye ve Latin Modelleri, s. 199; ŞİRİN, s.89.

86 AYM, E. 1997/61, K. 1998/59, Kt.: 29.09.1998, R.G. Tarih - Sayı: 15.11.2002- 24937.

87 AİHM Ünal Tekeli/Türkiye, Başvuru No: 29865/96, Kt.: 16.11.2004. Bu karar emsal kabul edilerek verilen diğer kararlar için bkz. Leventoğlu Abdulkadiroğlu/Türkiye, Başvuru No: 7971/07, Kt.: 28.05.2013; Tuncer Güneş/Türkiye, Başvuru No: 26268/08, Kt.: 03.07.2013; Tanbay Tüten/Türkiye, Başvuru No: 38249/09, Kt.: 10.12.2013.

88 AİHM Ünal Tekeli/Türkiye, Başvuru No: 29865/96, Kt.: 16.11.2004.

lığı iddiası ile bir kez daha Anayasa Mahkemesi önüne somut norm denetimi aracılığıyla gelmiş ve Mahkeme tekrar iptal isteminin oyçokluğuyla reddine karar vermiştir.[89] Bir başka ifadeyle Mahkeme konuya ilişkin içtihadını, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ihlal kararına rağmen değiştirmemiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi somut norm denetimi aracılığıyla ortaya koymuş olduğu içtihadına rağmen, aynı konuya ilişkin daha sonra yapılan bireysel başvurular[90] bakımından Anayasa md.90/5 hükmüne istinaden uluslararası sözleşme hükümlerinin uygulanması gerektiğine ve Anayasanın 17. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. İhlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapan mahkemelerin benzer konuya ilişkin farklı kararlar vermesiyle konu Yargıtay'a taşınmıştır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 30.09.2015 tarihli kararında[91], Anayasa md.90/5 hükmüne istinaden uluslararası sözleşme hükümlerini uygulamak suretiyle, evli kadının sadece bekârlık soyadını kullanmasına ilişkin talebini kabul etmiştir. Böylece, Yargıtay'ın içtihadı aracılığıyla sorun çözüme kavuşturulmuş gibi görünse de Türk Medeni Kanunu md.187 yürürlükte olduğu sürece, bu haktan yararlanmak isteyen kadınların dava açması gerekliliği ortadan kaldırılmamıştır. Bu nedenle yapılacak bir kanun değişikliği ile veya söz konusu hükmün 2021 itibarıyla tekrar somut norm denetimine konu edilerek Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi halinde, tek tek dava açmak zorunda kalmaksızın tüm kadınların bu haktan yararlanabilmesi mümkün hale gelebilecektir. Nitekim somut norm denetimi aracılığıyla yargısal sürecin daha da uzayacağı, bu sebeple konuya ilişkin kanun değişikliği yapılmasının hak ve özgürlerin korunması adına daha elverişli olacağı düşünülmektedir.

İhlalin kaynağı olarak tespit edilen kanun hükmünün iptal edilmeden sisteme uygun şekilde yorumlanması ise konuya ilişkin *ikinci alternatif çözüm yolu* olarak sunulabilir.[92] Bu çözüm yönteminde 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin 3. fıkrasında yer alan "doğrudan" kavramından hareketle yorum yapılmaktadır. Bu yorum çerçevesinde, bireysel başvurunun doğru-

---

89 AYM E. 2009/85, K. 2011/49, Kt.: 10.03.2011, R.G. Tarih - Sayı: 21.10.2011.- 28091.

90 Sevim Akat Eşki Başvurusu, Başvuru No: 2013/2187, Kt.: 19.12.2013; Gülsim Genç Başvurusu, Başvuru No: 2013/4439, Kt.: 06.03.2014; Neşe Aslanbay Akbıyık Başvurusu, Başvuru No. 2014/5836, Kt.: 16.04.2015. İlgili başvurular bakımından bireysel başvurunun kabul edilmesinden önce ihlal kararı verilebileceğine değinilen makale için bkz. SABUNCU / ARNWINE ESEN, s.233.

91 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2014/2-889, K.2015/2011, Kt.: 30.09.2015, Kazancı İçtihat Bankası (Erişim Tarihi: 19.03.2021).

92 ŞİRİN, s.91; KANADOĞLU, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru, s. 164.

dan mahkeme kararlarına karşı yapıldığı ve bu kararların dayanağının da kanun olması gerekçesiyle kanunlara karşı "dolaylı" bir başvurunun söz konusu olabileceği ileri sürülmüştür.[93] Anayasa Mahkemesinin Süleyman Erte[94] başvurusunda bu konuya ilişkin değindiği hususlar ise oldukça önemlidir. Kararda, başvuruya konu olan 6360 sayılı Kanun gereğince temel kamu hizmetlerinde sorun yaşayabileceği ihtimalinden hareket edilerek, güncel ve kişisel bir hakkın doğrudan etkilendiğine ilişkin güçlü ve ikna edici gerekçelerin ileri sürülmediğine yer verilmiştir. İlgili başvuru bakımından, yasama işlemi aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapıldığının anlaşılması gerekçesiyle konu bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilmezlik kararı verilmiştir.[95] Bu kararın ardından Ayşe Hülya Potur başvurusunda[96] ise, kişisel bir hakkın ihlal tehdidi altında olduğunun inandırıcı ve güçlü gerekçelerle açıklanması halinde, bireysel başvurunun esastan incelenebileceği ifade edilmiştir.[97] Büyük Birlik Partisi ve Saadet Partisi başvurusunda[98] ise başvurunun tarihi ve yasama işleminin uygulanması mahiyetindeki örtülü işleme karşı olduğu gözetilerek mağdurluk statüsü kabul edilmiş ancak esastan bir ihlal kararı verilmemiştir. Ancak bu konuya ilişkin Mahkemenin sonrasında vermiş olduğu Yaman Akdeniz[99] kararında, Süleyman Erte ve Ayşe Hülya

---

93 ŞİRİN, s.91. Alman Anayasa Mahkemesi "*başvurucunun kendisine ait bir temel hakka, dava konusu yasa ile doğrudan ve güncel olarak müdahale edilmesi"* halinde yasaya karşı doğrudan anayasa şikâyetine başvurabilme şartlarından biri olarak nitelendirmiştir. "Kendisine ait bir temel hakka güncel müdahale" koşulu, dava konusu kanun hükmünün belirgin bir olasılıkla kendisinin hak ve özgürlükleri bakımından müdahale oluşturacağının açıklanabildiği durumlarda söz konusu olabileceği belirtilmiştir. "Doğrudan müdahale" ise, dava konusu kanun hükmünün herhangi bir uygulama işlemine gerek olmaksızın, başvurucunun hukuksal durumunu değiştirmesi halinde gerçekleşeceği ifade edilmiştir. Bu sebeple de, dava konusu kanun hükmünün başvuruculların kendilerine ve temel haklarına güncel bir müdahale oluşturması hususunda yeterli bir olasılık mevcut olduğu belirtilmiştir. Detaylı bilgi için bkz. SAĞLAM, s.28-29.

94 Süleyman Erte Başvurusu, Başvuru No: 2013/469, Kt.: 16.04.2013.

95 Süleyman Erte, §18.

96 Ayşe Hülya Potur Başvurusu, Başvuru No. 2013/8479, Kt.: 06.02.2014, §23.

97 "*Kişisel bir hakkının doğrudan etkilendiğine ilişkin güçlü ve ikna edici gerekçeler*" bulunduğu durumların varlığı halinde kanunlara karşı yapılan bireysel başvuruların kabul edilebilir bulunacağı yönünde ayrıntılı bilgi için bkz. ŞİRİN Tolga, **Bireysel Başvuru Usul Hukuku**, Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-7, Mrk Baskı ve Tanıtım, Ankara, 2018, s.58; EKİNCİ Hüseyin, "Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Kriterleri ve İnceleme Yöntemi", **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt: 13, Yıl: 2013, ss.161-197, ("Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Kriterleri"), s.183.

98 Büyük Birlik Partisi ve Saadet Partisi Başvurusu, Başvuru No: 2014/8843, Kt.: 10.12.2015, §§31-36.

99 Yaman Akdeniz Başvurusu, Başvuru No: 2015/6599, Kt.: 26.12.2018.

Potur kararında yorum ile aralanan kapı kapatılarak konu bakımından kabul edilmezlik kararına ilişkin yerleşik içtihat devam ettirilmiştir.

İlgili başvuruda; 6639 sayılı Kanun'un 29. maddesi ile 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'da[100], internet ortamında yer alan yayınlarla ilgili olarak içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi yetkisini idari otoritelere veren düzenlemelerin ifade özgürlüğünü ve alınacak kararlara yönelik herhangi bir yasal güvence veya itiraz yolu öngörülmemesi nedeniyle etkili başvuru hakkı ve hak arama özgürlüğünün ihlal edildiği iddia edilmiştir. Başvurucu, bazı koşullarda sadece mevzuatın varlığının ihlal mağduru olunmasına neden olabileceğine yönelik Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararına atıf yaparak, başvuruya konu olan Kanun'un doğrudan etkilediği kişiler arasında olmasının "potansiyel mağdurluk" yarattığını iddia etmiştir. Anayasa Mahkemesi, bu konuya ilişkin vermiş olduğu kararlara[101] ve 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin 3. fıkrasına atıfla, doğrudan yasama işleminin Anayasaya aykırı olduğu ve iptal edilmesi gerektiği iddiasıyla bireysel başvuruda bulunması nedeniyle, başvurunun konu bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.[102] Bu doğrultuda, potansiyel mağdurluk kavramına yüklenen anlamın hak ve özgürlüklerin korunmasına yönelik genişletilmediği takdirde[103], yoruma dayanılarak yapılan başvurularda kabul edilmezlik içtihatlarından ayrılmasını gerektirecek bir hususun olmadığı belirtilerek aynı yönde karar verileceği düşünülmektedir.

Konuya ilişkin etkinliğinin diğer yollara göre daha fazla olduğu düşünülen *alternatif çözüm yollarından üçüncüsü* ve sonuncusu ise, bireysel başvuru sırasında ihlalin kanundan kaynaklandığı tespit edilen durumlar bakımından, bölümlerin de itiraz yoluyla ilgili hükmü Genel Kurula taşıyabilmesi ve böylece doğrudan kanuna karşı somut norm denetimi imkânının tanınmasına yöneliktir.[104] Bu görüşe ilişkin doktrinde, davada uygulanarak taraflar üzerinde etki yaratabilecek ve uyuşmazlığın çözümüne bağlı sayılan bütün normların, somut norm denetimine tabi olduğu belirtilmiştir.[105] Bununla bir-

---

[100] R. G. Tarih - Sayı: 15.04.2015 - 29327.

[101] Süleyman Erte, §17; Serkan Acar, Başvuru No: 2013/1613, Kt.: 02.10.2013, §37.

[102] Yaman Akdeniz, §12-13.

[103] EKİNCİ, "Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Kriterleri", s.183.

[104] AYDIN, s.144.

[105] KANADOĞLU Korkut, **Anayasa Mahkemesi**, Beta Yayınları, İstanbul, 2004, s.175-176.

likte bireysel başvuruya konu olan ihlalin giderilmesinin, aleyhine başvuru yapılan derece mahkeme kararında dayanılan yasanın geçerliliğine bağlı olduğu ileri sürülmüştür.[106] Bu doğrultuda, davaya bakan bir mahkemenin, ilgili uyuşmazlık bakımından uygulanacak kanun hükmünün anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle somut norm denetimine başvurabilme imkânına sahip olmasından hareketle, bir dava olarak nitelendirilen bireysel başvuruya bakmakla yükümlü olan bölümlerinde, ihlalin kaynağı olarak tespit edilen bir kanun hükmünü Genel Kurul önüne taşıyabileceği ifade edilmiştir.[107] İleri sürülen bu görüş bazı yazarlar tarafından bireysel başvurunun somut norm denetiminin "dava" şartını karşıladığı ve Anayasa Mahkemesini ise bireysel başvuru sırasında "davaya bakmakta olan mahkeme" olduğu şeklinde gerekçelendirilmiştir.[108] Bu yorumu bireysel başvuru bakımından yargısal bir faaliyet gerçekleştiren bölüm özelinde ele alan görüşlerde, bölümlerin bir mahkeme sayılabileceği ifade edilmiştir.[109] Özellikle Anayasa Mahkemesinin bir siyasi parti kapatma davasında 2949 sayılı Kanun md.18/2 ve md.28 gereğince kendisini davaya bakmakta olan bir mahkeme olarak nitelendirerek, itiraz yoluna başvurması ve Anayasaya aykırılık iddiasını bir ön mesele şeklinde değerlendirerek ilgili hükmü iptal etmesi bu görüşün en önemli gerekçesi olmuştur.[110] Bu bağlamda, bölüm tarafından ihlalin kaynağı olarak tespit edilen kanun hükmünün de Genel Kurul tarafından iptal edilebilmesinin mümkün olabileceği ifade edilmiştir.[111] Ancak bu yöntemin özgülendiği amaca ulaşabilmesi için, norm denetimi yapan Genel Kurulun hem somut olaya özgü koşulları hem de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarını göz önünde bulundurarak ilgili hükmü yorumlaması gerektiği belirtilmiştir. Bu gereklilik ise aksi yönde bir tutumun bireysel başvurunun amacına aykırı sonuçlar da ortaya çıkarabileceği şeklinde gerekçelendirilmiştir.[112]

---

106 ŞİRİN, s.91; KANADOĞLU, Anayasa Mahkemesi, s. 175-176.

107 AYDIN, s. 144; ERDİNÇ, s. 113.

108 ŞİRİN, s.89; İNCEOĞLU, Bireysel Başvuru Türkiye ve Latin Modelleri, s. 196.

109 İNCEOĞLU, s.92-93, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin mahkeme kavramını oldukça geniş yorumladığı ve yargıçlardan oluşmayan idari kurulların da yargı benzeri bir işlev üstlenmesi sebebiyle mahkeme gibi değerlendirdiği kararlara atıf yapılmıştır. Mahkemeye göre bir organa yargı yeri özelliği kazandıran şey, onun yargısal fonksiyonudur. Ayrıntılı bilgi için bkz. DOĞRU Osman / NALBANT Atilla, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar**, 1. Cilt, 1. Baskı, Şen Matbaa, Ankara, 2012, s.632.

110 Anayasa Mahkemesi, E. 2000/86, K.2000/50, Kt.: 12.12.2000, R.G. Tarih - Sayı: 22.12.2000 - 24268.

111 ŞİRİN, s.90.

112 İNCEOĞLU, s.91-92.

Ancak bu görüşün Anayasa Mahkemesinin içtihatlarıyla uyumlu olmadığı[113] ve bu yorumun, kanun koyucunun amacına aykırı olduğu yönünde de karşı görüşler ileri sürülmüştür[114]. İlk görüş yasama işlemlerinin bireysel başvuruya konu edilememesinin gerekçelerinden hareket edilerek açıklanmıştır. Bu görüşte, genel, objektif ve düzenleyici nitelikleri nedeniyle kanunların ancak idari işlem ve eylemler aracılığıyla kişisel bir etki ve sonuç ortaya çıkarabilmesi[115] ve Anayasada da itiraz yolunun öngörülmüş olması nedeniyle yasama işlemlerine ilişkin bireysel başvurunun söz konusu olamayacağı ileri sürülmüştür.[116] Başka bir karşı görüşte, Anayasa md.152'ye göre bölümlerin bir mahkeme olmadığı, görülmekte olan bir davanın söz konusu olmadığı ve anayasaya aykırı olduğu iddia edilen kanunun bölümler tarafından mevcut uyuşmazlık bakımından uygulanan bir kanun olmadığı ifade edilmiştir.[117] Bir diğer karşı görüş ise, bölümlerin bireysel başvuruya konu olayda uygulanan kanun maddesini, başvuru hakkında karar verirken uygulamadığı, Anayasada sayılan ve AİHS'de bulunan temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilip edilmediğinin denetimini yapmakla sınırlı olduğu şeklinde gerekçelendirilmiştir.[118] Bir başka görüşte ise hak ihlalinin yasama işleminden kaynaklandığının tespit edildiği hallerde, Anayasada bu yönde bir düzenleme yapılmadığı müddetçe anayasaya uygunluk denetiminin yapılamayacağı, dolayısıyla iptal edilemeyeceği ve yasa, içtüzük veya yorumla böyle bir mekanizma üretilemeyeceği ifade edilmiştir.[119]

Anayasanın 148. maddesi gereğince, temel hak ve özgürlüklerden herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlali iddiasıyla bireysel başvuru yoluna başvurma imkânı getirilmiştir. Bu bağlamda yasama organının da bir kamu gücü olduğuna ve bu şekilde faaliyet gösterdiğine ilişkin herhangi bir şüphe

---

[113] Sevim Akat başvurusunda uyuşmazlığa konu olan ve ihlalin kaynağı olan hüküm Medeni Kanun md.187 olduğuna ilişkine görüş için bkz. ŞİRİN, s. 90.

[114] AYDIN, s.143.

[115] EKİNCİ Hüseyin, "Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Kriterleri", s.183-184.

[116] KONTACI, Bireysel Başvuruda Amaçsal Yorum: Örtülü İdari İşlem Niteliğinde Kanun Hükümleri, https://anayasatakip.ku.edu.tr/wp-content/uploads/sites/34/2017/08/Ersoy-Kontacı-Örtülü-İdari-İşlem-Niteliğinde-Kanun-Hükümleri.pdf, (Erişim Tarihi: 16.02.2021), s.1.

[117] GÖZLER Kemal, **Türk Anayasa Hukuku**, 2. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2018, s.1083.

[118] YALÇINÖZ, s.192-193.

[119] İYİMAYA Ahmet, "Bireysel Başvuru İncelemesinde Anayasaya Uygunluk Denetimi Sorunu ve İnsan Hakları Mahkemesi Modeli", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 116, Yıl: 2016, ss. 417-448, s. 437- 438.

bulunmamaktadır.[120] Bu nedenle hak ihlali doğrudan yasama işleminden de kaynaklanabilmektedir. Ancak bölümlerin bireysel başvuru neticesinde hak ihlalinin bir kanun hükmünden kaynaklandığını tespit ettiği durumlarda, ilgili hükmün Anayasaya aykırı olup olmadığı sorusunun da gündeme gelmesi muhtemeldir.[121] Bu durumda cevaplandırılması gereken soru ise, Anayasanın 152. maddesinde yer alan "*uygulanacak kanun hükmü"* ve paralel olarak 6216 sayılı Kanun'un itiraz yolunu düzenleyen md.40'da yer verilen *"bu davada uygulanacak kanun hükmü*" ifadesinden ne anlaşılması gerektiğinin saptanmasına ilişkindir. Bu konuya yönelik olarak, bireysel başvuru incelemelerinde uygulanacak kuralların Anayasa hükümleri olduğu ve kanun maddesine yönelik olarak bölümlerin itiraz yoluyla Genel Kurula başvuru yapamayacağı ileri sürülmüştür.[122]

Tüm bu görüşler çerçevesinde bireysel başvuruların, Anayasa Mahkemesi içerisinde yer alan bölümlerin bakmakla yükümlü bir dava niteliğinde[123] olduğu düşünülmektedir. Dolayısıyla bölümler de davaya bakmakta olan mahkeme sıfatına sahip olarak ihlalin kaynağı olarak tespit edilen bir kanun hükmünü Genel Kurul önüne taşıyabilmelidir.[124] Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkileri içerisinde yer alan siyasi parti kapatma davasında, 6216 sayılı Kanun md.40/1 gereğince Mahkemenin kendisini davaya bakmakta olan bir mahkeme olarak nitelendirmesi ve itiraz yoluna başvurarak anayasaya aykırılık iddiasını bir ön mesele olarak değerlendirmesi, bu bağlamda bölümlerin de aynı imkâna sahip olabileceği yönünde yorum yapılmasını mümkün kılmaktadır. Bu doğrultuda, bölüm tarafından hak ihlalinin kaynağı olarak tespit edilen kanun hükmünün Genel Kurul tarafından iptal edilebilmesi için öncelikle, Anayasa Mahkemesinin davada uygulanacak kuralları tanımladığı; "*... davanın farklı evrelerinde ortaya çıkabilecek sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz*

---

[120] KILINÇ, Bahadır, "Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği", **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt: 25, Yıl: 2008, ss.19- 59, s. 24; İNCEOĞLU, Bireysel Başvuru Türkiye ve Latin Modelleri, s.185, s.190.

[121] İNCEOĞLU, s. 84.

[122] YALÇINÖZ, s. 194; AYDIN, s.144-145.

[123] Kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddia edilen hakkın, yargısal usuller izlenerek kesin karara bağlanması neticesinde bunun bir dava olduğuna ilişkin görüş için bkz. İNCEOĞLU, Bireysel Başvuru Türkiye ve Latin Modelleri, s.197; KILINÇ, s.23.

[124] TANÖR Bülent / YÜZBAŞIOĞLU Necmi, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 19. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2019, s.536.

yönde etki edebilecek nitelikte kurallar..."[125] ifadesinden hareketle, 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin 3. fıkrasının anayasaya aykırılığının tespit edilmesi gerekmektedir.[126] Bunun için de bölümler tarafından somut norm denetimi yoluyla Genel Kurula başvurulduğunda, ilgili hüküm bir ön mesele olarak[127] ele alınarak iptal edilebilecektir.[128] Yasama işlemlerine ilişkin doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağına ilişkin düzenlemenin iptaliyle de hak ihlallerinin kaynağı olan olarak tespit edilen kanun hükümlerine ilişkin Anayasa md.152 uyarınca bölümlerin doğrudan Anayasa Mahkemesine başvurabileceği ve Mahkemenin de ilgili hükmü iptal edebileceği düşünülmektedir.

2. Yasama Organına Yönelik Öneriler

Anayasa Mahkemesinin temel hak ihlalinin kanundan kaynaklandığını tespit etmesi durumunda nasıl karar vereceği konusunda herhangi bir düzenleme yapılmamıştır.[129] Anayasa Mahkemesinin ihlalin kanundan kaynaklandığını tespit ettiği başvurularda benimsediği yaklaşıma göre, yasama organına çağrıda bulunularak uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması bakımından yasama organına düşen yükümlülüğün yerine getirilmesi, bir başka deyişle mevzuat değişikliği yapılması beklenmektedir.[130] Bu konuda fiilen başvurulan bu yolun, TBMM'nin konuya dikkatinin çekilmesi bakımından olumlu sonuç doğurduğunu[131] ancak yeterli olmadığını ifade etmek gerekmektedir.

Kural olarak Anayasa md.11 ve md.153 gereğince yasama organına yapılan çağrı sonucunda yasama organının da ivedilikle hükmü değiştirmesi gerekecektir.[132] Yasama organı tarafından bu yükümlülüğünü yerine getir-

---

125 AYM E. 2010/66, K.2010/91, Kt.: 22.09.2010, R.G. Tarih - Sayı: 30.12.2010 - 27801.

126 AYDIN, s.145.

127 ŞİRİN, s.90.

128 AYDIN, s.145; ŞİRİN s. 90; ERDİNÇ, s. 113.

129 YALÇINÖZ, s.194.

130 ŞİRİN, s. 92.

131 KARAN Ulaş, "Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası: Eski Alışkanlıklar, Yeni Sorunlar, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Usulünün İlk Dört Yılına Dair Bir Değerlendirme", https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2017/08/21/bireysel_basvuru_kararlarinin_icrasi_bilgi_universitesi.pdf (Erişim Tarihi: 06.01.2020), s.58.

132 TANÖR / YÜZBAŞIOĞLU, s.536; ŞİRİN, s.92; Mahkemenin yasama organına bulunduğu çağrı çerçevesinde yasama organı tarafından gereğinin yapılmadığı takdirde, bu hükme uymayan üyelerin yargı kararlarını yerine getirmemekten dolayı sorumlu olabileceğine ilişkin görüş için bkz. AYDIN, s. 141, 142.

memesi ya da aynı mevzuattan kaynaklanan olası ihlalleri önlemek bakımından ilgili değişikliğin yapılmasında geç kalınması halinde, Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuruya ilişkin kararlarının etkisi ve bu konudaki işlevinin zayıflatılması gibi bir sonuç ortaya çıkaracaktır.[133]

Özellikle çalışmanın III. başlığı altında ele alınan kararlar gözetildiğinde, hak ihlalinin kanundan kaynaklandığının tespit edilerek yasama organına çağrıda bulunulmasının ve bu çağrının gereğinin yapılmasının hak ihlallerinin önlenmesi bakımından son derece etkili olduğunun bir kez vurgulanması gerekmektedir. Ancak yapılan çağrıya uyum hususunda yeknesak bir uygulamanın olmadığı ve yasama organının düzenleme yapmakta gecikmesi ya da hiç yapmaması hallerinde ihlallerin süreklilik kazanmaya başlayacağı söylenebilecektir. Örneğin kadının soyadına ilişkin Türk Medeni Kanunu md.187 ve bağlantılı olarak Soyadı Kanunu'nda yer verilen düzenlemelerin sebebiyet verdiği hak ihlallerinin[134], aynı konumda olmalarına rağmen başvuru yapanlar ve yapamayanlar arasında bir farklılık yaratmaması adına düzenlenmesi gerekmektedir.[135] Bununla birlikte zorunlu aşı uygulamasına ilişkin kanunilik şartını karşılamadığı gerekçesiyle verilmiş ihlal kararı[136] sonrasında Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda gerekli değişikliğin yapılmamış olması, COVID 19 salgını çerçevesinde aynı sorunun yeniden gündeme gelmesine ve konuya ilişkin birçok tartışmaya neden olmuştur.[137] Bu konuya ilişkin bilhassa Anayasa Mahkemesinin pilot karar usulü haricinde yasama organının harekete geçirilmesini sağlayacak araçlardan yoksun olması ve buna ilişkin halihazırda bir düzenleme gerekliliğinin tartışılmaması, bireysel

---

[133] GÖZTEPE Ece, "Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası Sorunu ile Kurumsallaşma İhtiyacı", **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt: 33, Yıl: 2016, ss.93-118, ("Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası Sorunu"), s.102-103.

[134] Sevim Akat Eşki Başvurusu, Başvuru No: 2013/2187, Kt.: 19.12.2013; Gülsim Genç Başvurusu, Başvuru No: 2013/4439, Kt.: 06.03.2014; Neşe Aslanbay Akbıyık Başvurusu, Başvuru No. 2014/5836, Kt.: 16.04.2015.

[135] İNCEOĞLU, Bireysel Başvuru Türkiye ve Latin Modelleri, s. 200-201. Bu konuda 6216 sayılı Kanun md.50/2 gereğince ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için nüfus idaresinin gereğini yapmasının sağlanabileceği ifade edilmiştir. Bkz. İNCEOĞLU, Bireysel Başvuru Türkiye ve Latin Modelleri, s. 202.

[136] Halime Sare Aysal Başvurusu, Başvuru No. 2013/1789; Kt.: 11.11.2015; GÖZTEPE, "Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası Sorunu", s.107-108; Bu hususun kanunilik ölçütü bakımından değerlendirmesi için bkz. ODER Bertil Emrah, "Bireysel Başvuruda Kanunilik Ölçütü Tutarlılık ve Stratejik Kullanım Sorunları", **Güncel Hukuk Dergisi**, Sayı: 154-10 / Ekim 2016, ss.12-17, s. 15.

[137] GÖZTEPE, "Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası Sorunu", s.108.

başvuru kararlarının etkisini azaltacağı gibi[138], uygulanmaması bakımından da ciddi bir tehlike yaratmaktadır.[139] Bu çerçevede yasama organına yönelik sunulabilecek önerilere de değinilmesi gerekmektedir.

Bunun için kanundan kaynaklandığı tespit edilen ihlallerin giderilebilmesi bakımından, TBMM Kanunlar ve Kararlar Başkanlığı bünyesinde, Mahkeme kararlarının takibi ve icrasını sağlamaya özgülenen bir birimin kurulmasının, Anayasa Mahkemesi başta olmak üzere diğer kamu gücünü kullanan organlar ile kurulacak etkili bir işbirliği açısından yararlı olacağı düşünülmektedir.[140]

Anayasa Mahkemesi tarafından yasama organına yapılan çağrının muhataplarından birisi de TBMM içerisinde yer alan İnsan Hakları İnceleme Komisyonudur.[141] 1990 yılında 3686 sayılı İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu Kanunu ile kurulan Komisyonun görevleri ilgili Kanun'un 4. maddesinde düzenlenmiştir. İlgili hükme göre Komisyonun görevleri arasında "*Türkiye'nin insan hakları alanında taraf olduğu uluslararası anlaşmalarla Anayasa ve diğer ulusal mevzuat ve uygulamalar arasında uyum sağlamak amacıyla yapılması gereken değişiklikleri tespit etmek ve bu amaçla yasal düzenlemeler önermek", "Türkiye'nin insan hakları uygulamalarının, taraf olduğu uluslararası anlaşmalara, Anayasa ve kanunlara uygunluğunu incelemek ve bu amaçla, araştırmalar yapmak, bu konularda iyileştirmeler, çözümler önermek", "insan haklarının ihlale uğradığına dair iddialar ile ilgili başvuruları incelemek ve gerekli gördüğü hallerde ilgili mercilere iletmek" ve "her yıl yapılan çalışmaları, elde edilen sonuçları, yurt içi ve dışında insan haklarına saygı ve uygulamaları kapsayan bir rapor hazırlamak"*

---

[138] Özellikle kadının soyadı ile başlayan ve boşanma sonrası velayet hakkının alınmasıyla beraber çocuğuna kendi soyadını vermek isteyen kadınların davalarının reddi üzerine, Anayasa Mahkemesinin konuya ilişkin hak ihlali sonrasında yasamanın yapısal bir sorun haline gelen ilgili düzenlemeyi, mevcut ise boşluğu doldurarak hukuki belirlilik başta olmak üzere uygulamada birliği sağlamalıdır. GÖZTEPE, "Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası Sorunu", s.107; Örnek davalar için bkz. Hayriye Özdemir Başvurusu, Başvuru No.2013/3434, Kt.: 25.06.2015; Nurcan Yolcu, Başvurusu, Başvuru No. 2013/9880, Kt.: 11.11.2015; Gülbu Özgüler Başvurusu, Başvuru No: 2013/7979, Kt.: 11.11.2015; Ayten Yıldırmaz Başvuru, Başvuru No. 2014/1826, Kt.: 20.07.2017.

[139] GÖZTEPE, "Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası Sorunu", s. 103.

[140] GÖZTEPE, "Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası Sorunu", s.113. Mahkeme dışında, kamu adına bireysel başvuruda muhatap olabilecek bir kurumun özellikle ihlal kararlarının gereği bakımından ilgili kurum ve kuruluşlarla iletişim kurularak hem benzer ihlallerin önüne geçilmesi hem de yapısal sorunların giderilmesi için koordinasyon sağlanmasına yardımcı olacağına ilişkin görüş için bkz. EKİNCİ, "Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru İş Yükü", s.425.

[141] İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu Kanunu, R.G. Tarih - Sayı: 08.12.1990- 20719.

bulunmaktadır. Komisyona özgülenen bu görevlerden hareketle, Anayasa Mahkemesi kararlarının icrasına dair araştırmalar, bu konuda iyileştirmeler ve çözümler önermekle yetkili olduğu söylenebilecektir. Elbette tüm bu sürecin verimliliği, aktif bir gözetimin gerçekleştirilmesi ve kararlarının gereğinin yapılmasıyla mümkündür.[142]

Bununla beraber öngörülen bu çözüm yollarının yanı sıra, 6216 sayılı Kanun'da bir değişiklik yapılarak, Hükûmet Tasarısı md.49/6'da yer verilen, "*Bölümler, bireysel başvuru incelemesi sırasında temel hak ihlâlinin kanun hükmünden kaynaklandığı kanaatine varırlarsa iptali istemiyle Genel Kurula başvururlar"* hükmünün ihdasının sağlanarak, çözüme ihtiyaç duyulan bu konuya açıklık getirilmesinin faydalı olacağı düşünülmektedir.[143]

Son olarak bu konuya ilişkin uygulamaya sokulan Anayasa Mahkemesi Kararlar Müdürlüğüne de değinmek gerekmektedir.

3. Anayasa Mahkemesi Kararlar Müdürlüğü

Anayasa Mahkemesinin kararlarının bağlayıcılığı ve alınan kararların uygulanmasına ilişkin esaslar her ne kadar anayasal ve kanuni düzenlemelerle güvence altına alınmış olsa da, mahkeme kararlarının uygulamada etkinliğinin sağlanması, ancak kararların gereği yapıldığı takdirde anlam kazanacaktır. Bu bağlamda alınan kararları icra edecek kamusal organlar ile Anayasa Mahkemesinin görüşlerinin örtüşmesi gerekliliği, kararın sonucu ve etkisi bakımından kararda amaçlanan sonuca hizmet ederek, işlevsellik kazanacaktır.[144] Bu etkinliği sağlamak ve işlevselliği arttırmak adına Anayasa Mahkemesi Kararlar Müdürlüğü 19.02.2020 tarihinde Anayasa Mahkemesinin kararlarının uygulanmasını takip etmek ve etkisini artırmak amacıyla kurulmuştur. Anayasa Mahkemesi Kararlar Müdürlüğü, Anayasa Mahkemesi Hizmet Birimlerinin Görevleri, Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik on Altıncı Bölüm[145] "Kararlar Müdürlüğü, Görev ve Sorumlulukları ile Çalışma Usulleri" başlığı altında Ek 1., 2. ve 3. maddeleri altında düzenlenmiştir.

---

142 KARAN, s.62.

143 AYDIN, s.146.

144 GÖZTEPE, "Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası Sorunu", s.106.

145 Başkanlık Makamının 01.04.2020 tarihli ve E.373 sayılı oluruyla yürürlüğe giren Anayasa Mahkemesi Hizmet Birimlerinin Görevleri, Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik uyarınca bu bölüm alt başlıkları ile birlikte eklenmiştir.

Ek 1. maddenin 1. fıkrası gereğince Kararlar Müdürlüğü; Anayasa Mahkemesi kararlarının uygulanmasını takip etmek ve bu konuda Genel Kurula bilgi verilmesi görevinin kaliteli, etkin ve verimli bir şekilde yerine getirilmesini sağlamak amacıyla gerekli çalışmaları yapmakla görevlidir. Aynı hükmün 2. fıkrası uyarınca bu görevi yerine getirmek üzere, Bireysel Başvuru Kararları Takip Bürosu ile Norm Denetimi ve Diğer Kararlar Takip Bürosu[146] olmak üzere iki alt birim oluşturulmuştur.

Bu çalışma kapsamında ele alınması gereken Ek 2. madde gereğince Bireysel Başvuru Kararları Takip Bürosunun görevleri aşağıdaki gibidir: *a) Bireysel başvuru kararlarında ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için hükmedilen yeniden yargılama, yeniden soruşturma, maddi ve/veya manevi tazminat ve ihlallerin giderilmesine yönelik diğer kararlarla ilgili olarak yetkili makam ve mercilere gereği için gönderilen yazıların akıbetinin sorulması, gelen cevaplara istinaden ihlal kararlarının uygulanması bakımından ilgili dosyaların takip durumlarının belirlenmesi, b) Bireysel başvuruların incelenmesi esnasında verilen tedbir kararlarının ifası için ilgili kurumlara gönderilen yazıların akıbetinin sorulması ve gelen cevaplara istinaden tedbir kararlarının uygulanması bakımından ilgili dosyaların takip durumlarının belirlenmesi, c) (a) ve (b) bentlerinde bahsi geçen yazışmalara istinaden dosyaların tutulması, verilerin işlenmesi ve sonuçlarının raporlandırılması, ç) Gerekli görüldüğünde kabul edilemezlik kararları ve esas yönünden incelenip ihlal olmadığına hükmedilen bireysel başvuru kararlarının ilgili makam ve mercilere bilgilendirme amacıyla gönderilmesi, d) Başvurucuların ihlal kararları ile birlikte hükmedilen yeniden yargılama, yeniden soruşturma, maddi ve/veya manevi tazminat ve diğer giderime yönelik kararların yetkili makam ve mercilerce uygulanmadığına yönelik dilekçelerinin kayda alınması ve gerekli görüldüğünde bu dilekçelere cevap verilmesi, e) Komisyonlar Raportörlüğü tarafından gönderilen ve yargılama giderlerinin başvuruculardan tahsil edilmesine karar verilmiş olan kabul edilemezlik kararlarında, başvuru harçlarının başvuruculardan tahsil edilmesi amacıyla Hazine ve Maliye Bakanlığı Gelir İdare Başkanlığı ile yazışma yapılması, f) Hazine ve Maliye Bakanlığı ile yapılan yazışmalar sonucu gelen ödeme emirlerinin kayıtlarının tutulması ve dosyalanması, g) Tashih*

---

[146] Ek 3. madde'de yer verilen Norm Denetimi ve Diğer Kararlar Takip Bürosunun görevleri, "*a) Norm denetimi ve diğer kararların uygulanmasının takibinin yapılması, b) İptal davaları ve itiraz başvurularının esas incelemesi neticesinde verilen iptal kararlarının gereği olarak ilgili mevzuata işlenmesi gereken değişikliklerin Mevzuat Bilgi Sisteminden takip edilmesi, c) Verilen diğer görevlerine yerine getirilmesi"*dir.

kararları ile ilgili olarak Hazine ve Maliye Bakanlığına resmî yazı gönderilmesi, ğ) Bireysel başvuru hakkının kötüye kullanıldığı gerekçesiyle başvurucu avukatına verilen disiplin para cezaları ile ilgili olarak Ankara Vergi Dairesi Başkanlığı Veraset ve Harçlar Vergi Dairesi Müdürlüğü ile yazışmaların yapılması, h) Kararların takibi sonuçlarına istinaden ilgili kurum ve kuruluşlarla ilişkilerin yürütülmesi, ı) Yargı kararlarının uygulanmasına yönelik ulusal ve uluslararası gelişmelerin takip edilmesi, gerektiğinde bu konulara yönelik bilgi notu ve rapor hazırlanmasıdır.

Anayasa Mahkemesi Kararlar Müdürlüğünün ilgili maddeler çerçevesinde görev ve yetkilerine bakıldığında, icrai bir yetkisi bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bununla birlikte Genel Sekreterin görev ve yetkilerinin düzenlendiği 6216 sayılı Kanun md.23/3 d bendi gereğince, Genel Sekreterin, Başkanın gözetimi ve denetimi altında Mahkeme kararlarının uygulanmasının takip edilmesi ve bu konuda Genel Kurula bilgi verilmesinde Kararlar Müdürlüğünün tespitleri aydınlatıcı ve yön verici bir nitelik taşıyacaktır. Özellikle bu noktada Kararlar Müdürlüğünün, Anayasa Mahkemesi tarafından hak ihlalinin kaynağına yönelik yapılacak tespitlerin ve kararların akıbetinin sorularak gereğinin yapılıp yapılmadığının takibinde etkili bir araç olabileceğinin vurgulanması gerekmektedir. Bu bağlamda Kararlar Müdürlüğünün tespitleri doğrultusunda kararların gereğinin yapılıp yapılmadığına yönelik takibi sağlamak noktasında diğer mahkemelerin yanı sıra kamu organları ile yapılacak iş birliğinin öneminin bir kez daha altının çizilmesi gerekmektedir.

SONUÇ

Bireysel başvuru, bir anayasal güvence olarak, bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiği durumların tespitinin yapılmasına ve tespit edilen ihlallerin ortadan kaldırılmasına imkân sağlayan etkili bir yargısal mekanizmadır. Demokratik meşruiyetin sürekliliği bakımından benimsenen bu yolun etkililiği, ihlal ve sonuçlarının giderilebilmesi bakımından etkili araçlara sahip olmasına dayanmaktadır.[147] Yargı yetkisinin kullanıldığı durumlarda hukuk kurallarının Anayasaya uygun bir şekilde yorumlanması ve Anayasada teminat altına alınan temel hak ve özgürlüklerin korunması gerekliliğine ilişkin beklenti[148], bu çalışmaya konu olan ihlalin kanundan kay-

[147] Kadir Enes Berberoğlu Başvurusu (3), Genel Kurul, Başvuru No: 2020/32949, Kt.: 21.01.2021, R.G. Tarih -Sayı: 03.02.2021-31384, §107.

[148] Mehmet Apaydın Başvurusu, Başvuru No: 2015/13099, Kt.: 08.01.2020, R.G. Tarih ve Sayı: 24/1/2020 - 31018, §47.

naklandığı durumlar bakımından farklı sonuçlar ortaya çıkarmaktadır. Bireysel başvuru, Anayasa Mahkemesi kararlarında da ifade edildiği üzere, kamusal bir düzenlemenin soyut bir şekilde Anayasaya aykırılığının ileri sürülmesini sağlayan bir yol olarak kabul edilmemektir.[149] Ancak hak ihlalinin yasama işlemlerinden kaynaklandığı durumlarda ise, yeniden yargılamanın ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması bakımından elverişsiz olduğunu bir kez daha ifade etmek gerekmektedir.

Anayasanın 138. maddesinin son fıkrasında, yasama ve yürütme organları ile idarenin mahkeme kararlarına uymak zorunda oldukları ifade edilmiştir.[150] Anayasanın 153. maddesinin son fıkrasında ise Anayasa Mahkemesi kararlarına uyma ve bu kararları değerlendirmeksizin yerine getirme hususunda yasama, yürütme ve yargı organları ile idare makamlarına herhangi bir takdir yetkisi tanınmamış veya bu konuda bir istisnaya yer verilmemiştir.[151] Bu bağlamda temel hak ve özgürlüklerin ihlaline karar verildiği durumlarda, öncelikle ihlalin ortadan kaldırılmasına yönelik Mahkeme tarafından yapılan tespitlerin, ilgili merciler tarafından değerlendirilerek uygulanması büyük bir önem taşımaktadır. Bu konuda Anayasa Mahkemesinin tercih ettiği yol, ihlalin kaynağı olarak tespit edilen kanun hükmünün değiştirilmesi veya kaldırılması amacıyla kararın bir örneğinin TBMM'ye gönderilmesidir.

Bu durumda yasama organı tarafından izlenilmesi gereken yol ise ilgili kanunun değiştirilmesi veya kaldırılmasıdır. Aksi takdirde kanunun uygulanmasından kaynaklanan ihlaller, kanunun uygulanmaya devam edilmesiyle beraber artış gösterecektir. Bu nedenle, ihlal kararlarının kanundan kaynaklandığının tespit edilmesi halinde ortaya çıkabilecek sorunlara yönelik sunulan çözüm önerilerinin, hak ihlallerinin ortadan kaldırılabilmesi açısından büyük bir önem taşıdığının altının çizilmesi gerekmektedir.

Sonuç olarak, sorunun 6216 sayılı Kanun'un 49. maddesine Hükûmet Tasarısı'nda öngörülen çözüm yolunun ihdas edilerek çözüme kavuşturulmasının hem kanunilik ilkesi hem de esasa yönelik hak ihlallerinin kalıcı olarak ortadan kaldırılabilmesi bakımından etkin bir yol olacağı düşünülmektedir. Bu yolun etkinliğine süreklilik kazandırılması ise alınan kararların gereğinin yerine getirilmesi bakımından kamu kurumları arasındaki sıkı bir iş birliğine dayanmaktadır.

---

[149] Gökhan Ünal Başvurusu, Başvuru No: 2012/30, Kt.: 05.03.2013, §16-17.

[150] Kadir Enes Berberoğlu (3) §101.

[151] Kadir Enes Berberoğlu (3) §102.

KAYNAKÇA

AYDIN Öykü Didem, "Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 15, Sayı: 4, Yıl: 2011, ss. 121-170, s.124.

CASAS BAAMONDE Maria Emilia, "Amparo Başvurusu", **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt: 26, Yıl: 2009, ss.101-110.

DOĞRU Osman / NALBANT Atilla, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar**, 1. Cilt, 1. Baskı, Şen Matbaa, Ankara, 2012.

EKİNCİ Hüseyin, "Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Kriterleri ve İnceleme Yöntemi", **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt: 13, Yıl: 2013, ss.161-197, ("Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Kriterleri").

EKİNCİ Hüseyin; "Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru İş Yükü, Çözüme Yönelik Mahkeme Pratiği ve Öneriler", **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Sayı: 5, Yıl: 2015, ss.391-432 ("Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru İş Yükü").

ERCAN Evin Naz, **Hapishanelerde İfade Özgürlüğü Bakımından Kitap Yasakları**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2020.

ERDİNÇ Tahsin, "Karşılaştırmalı Olarak Türk Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı (Anayasa Şikâyeti), **TAAD**, Sayı: 20, Yıl: 6, Ocak 2015, ss. 87-138.

ERGÜL Ozan, "Sporda Zorunlu Tahkim - Bireysel Başvuru İlişkisi: 'Yargı Denetimi Dışında Bırakılan İşlemleri' Dar Yorumlamak Mümkün Değil mi?", **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt: 32, Yıl: 2015, ss.67-78.

ESEN ARNWINE Selin, "İspanya'da Bireysel Başvuru Yolu", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 52, Sayı: 4, Yıl: 2003, ss. 249-271.

GÖZLER Kemal, **Türk Anayasa Hukuku**, 2. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2018.

GÖZTEPE Ece, "Türkiye'de Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikâyeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi", **TBB Dergisi**, Sayı: 95, Yıl: 2011, ss.13- 40, ("Türkiye'de Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkı").

GÖZTEPE Ece, "Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası Sorunu ile Kurumsallaşma İhtiyacı", **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt: 33, Yıl: 2016, ss.93-118, ("Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası Sorunu").

HOLZINGER Gerhart; "Avusturya Anayasa Hukukunda Anayasa Şikâyeti ve Bireysel Başvuru", **Anayasa Yargısı Dergis**i, Cilt: 26, Yıl: 2009, ss.61-79.

İNCEOĞLU Sibel, "Norm Temelli Denetimden Olay Temelli Denetime: İHAS'a Uyum Işığında Bir Değerlendirme", **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt: 30, Yıl: 2013, ss.83-106.

İNCEOĞLU Sibel, **Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Bireysel Başvuru Türkiye ve Latin Modelleri**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, (Bireysel Başvuru Türkiye ve Latin Modelleri).

İYİMAYA Ahmet, "Bireysel Başvuru İncelemesinde Anayasaya Uygunluk Denetimi Sorunu ve İnsan Hakları Mahkemesi Modeli", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 116, Yıl: 2016, ss. 417-448.

KANADOĞLU Korkut, **Anayasa Mahkemesi**, Beta Yayınları, İstanbul, 2004.

KANADOĞLU Korkut, **Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.

KAPLAN Recep, **Bireysel Başvuruda Konu Bakımından Yetki Kriteri**, Bireysel Başvuru Kabul Edilebilirlik Kriterleri Rehberi, (Editörler: Muharrem İlhan Koç, Recep Kaplan), Anayasa Mahkemesi Yayınları, Epa-Mat Basım Yayıncılık, Ankara, 2017, ss.91-119.

KARAN Ulaş, **Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Rehberi**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2015.

KARAN Ulaş, "Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası: Eski Alışkanlıklar, Yeni Sorunlar, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Usulünün İlk Dört Yılına Dair Bir Değerlendirme", https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2017/08/21/bireysel_basvuru_kararlarinin_icrasi_bilgi_universitesi.pdf (Erişim Tarihi: 06.01.2020).

KILINÇ Bahadır, "Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği", **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt: 25, Yıl: 2008, ss.19- 59.

KOÇ Muharrem İlhan, "Bireysel Başvuru Kararlarının İcrasına İlişkin Düzenlemeler ve Kurumsal Yapılanma İhtiyacı", **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt: 33, Yıl: 2016, ss. 133-141.

KONTACI Ersoy, "Bireysel Başvuruda Amaçsal Yorum: Örtülü İdari İşlem Niteliğinde Kanun Hükümleri", https://anayasatakip.ku.edu.tr/wp-content/uploads/sites/34/2017/08/Ersoy Kontacı-Örtülü-İdari-İşlem-Niteliğinde-Kanun-Hükümleri.pdf (Erişim Tarihi: 16.02.2021).

MELLINGHOF Rudolf, "Federal Almanya Cumhuriyeti'nde Anayasa Şikayeti", **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt: 26, Yıl 2009, ss. 31-44.

ODER Bertil Emrah, **Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri**, Beta Yayınları, İstanbul, 2010.

ODER Bertil Emrah, "Bireysel Başvuruda Kanunilik Ölçütü Tutarlılık ve Stratejik Kullanım Sorunları", **Güncel Hukuk Dergisi**, Sayı: 154-10 / Ekim 2016, ss.12-17.

SABUNCU Yavuz / ARNWINE ESEN Selin, "Türkiye İçin Anayasa Şikâyeti Modeli Türkiye'de Bireysel Başvuru Yolu", **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt: 21, Yıl: 2004, ss. 229-246.

SAĞLAM Fazıl, **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti / Anlamı, Kapsamı ve Olası Sorunlar)**, TBB Yayınları, Birinci Baskı, Ekim 2011, Ankara, ss.20-32.

ŞAHBAZ İbrahim, "Yargıtay ve Bireysel Başvuru Yolu", **Anayasa Hukuku Dergisi**, Cilt: 4, Sayı: 7, Yıl: 2015, ss. 175-225.

ŞİRİN Tolga, **Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.

ŞİRİN Tolga, **Bireysel Başvuru Usul Hukuku**, Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-7, Mrk Baskı ve Tanıtım, Ankara, 2018.

YALÇINÖZ Bahadır, "Bireysel Başvuruya Konu Olamayacak İşlem ve Kararlar", **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Sayı: 2, Yıl: 2013, ss.187-206.

TANÖR Bülent / YÜZBAŞIOĞLU Necmi, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 19. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2019.

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2021; 1: 417-454

MARKSİZM VE ULUSLARARASI HUKUK: TEORİ Mİ ELEŞTİRİ Mİ?(*)

Arş. Gör. **Atahan DEMİRKOL**(**)
Dr. Öğr. Üyesi **Şahin Eray KIRDIM**(***)

Öz: Uluslararası hukukun ana akım yaklaşımları, disiplinin güçlü devletler tarafından bir dış politika aracı olarak kullanılmasını görmezden gelmektedir. Oysaki devletler arasındaki eşitsizliklerin aşikâr olduğu bir düzende uluslararası hukukun bir hegemonya aracı olmayacağını beklemek sürpriz olacaktır. En büyük vurgusunu eşitsizlik ve sınıfsal farklılıklar üzerine yapan Marksizm gibi eleştirel bir yaklaşım da böylesine bir duruma kayıtsız kalmamıştır. Her ne kadar yaklaşımın kurucularının hukuka yönelik doğrudan tespitlerini bulmak mümkün olmasa da daha sonraki Marksist düşünürlerin genel bir hukuk teorisi ortaya koyabildiklerini söylemek mümkündür. Bu çalışmanın amacı, Marksist genel hukuk teorisinin aksine, sınırları net şekilde çizilebilen Marksist bir uluslararası hukuk teorisinden bahsedilemeyeceğini göstermektir. Bu doğrultuda çalışmada genel Marksist hukuk teorisi incelendikten sonra, Marksist uluslararası hukuk yazınının önemli isimlerinin disipline getirdiği farklı yorumlar ele alınmıştır. Sonuç olarak uluslararası hukuk özelinde Marksist bir teoriden değil, ancak uluslararası hukukun Marksist bir yorumundan bahsedilebileceği ileri sürülmüştür.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası Hukuk, Eleştirel Yaklaşımlar, Marksizm, Sönümlenmeci Hukuk, Emperyalizm.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 17.01.2021. Makale Kabul Tarihi: 22.04.2021.

(**) Afyon Kocatepe Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü, Kentleşme ve Çevre Sorunları Anabilim Dalı, Öğretim Elemanı (ORCID no: 0000-0002-7185-5781; *ademirkol@aku.edu.tr*).

(***) Afyon Kocatepe Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi (ORCID no: 0000-0003-4207-6559; *yekirdim@aku.edu.tr*).

MARXISM AND INTERNATIONAL LAW: THEORY OR CRITICISM?

Abstract: Mainstream approaches of international law ignore the use of the discipline as a foreign policy tool by powerful states. However, it would be surprising to expect that international law will not be a tool of hegemony in an environment where inequalities between states are evident. A critical approach, such as Marxism, which places its most significant emphasis on inequality and class differences, has not remained indifferent to such a situation. Although it is not possible to find direct determinations of the founders of the approach regarding the law, it is possible to say that later Marxist thinkers were able to put forward a general theory of law. The purpose of this study is to show that, contrary to the Marxist general theory of law, a Marxist theory of international law with clearly drawn boundaries does not exist. Hence, after the general theory of Marxist law is analyzed, the diverging approaches of the most prominent scholars in Marxist international law are discussed. Consequently, it is argued that while it is possible to refer to a Marxist interpretation of international law, a Marxist theory of it is exaggerated.

Keywords: International Law, Critical Approaches, Marxism, The Withering Away of Law, Imperialism.

GİRİŞ

Uluslararası hukuk, Avrupa geleneğinin ayrılmaz bir parçası ve bu geleneğin bir ürünüdür.[1] Avrupa uluslararası hukuku düşüncesi, birbirine sıkı sıkıya bağlı ve kapalı bir topluluk içinde geçerli olan hukuki kurallar ve ilkeler ile bunların söz konusu topluluk üyelerine sağladığı belirli bir ayrıcalık anlamına gelmektedir.[2] Bu ayrıcalık nihayetinde, bu topluluk içindeki devletlerin birbirleriyle olan ilişkilerinde söz konusu kural ve ilkelerin geçerli olduğu, ancak diğer devletlerle ilişkilerinde bu kuralları izlemenin gerekmediği eşitsiz bir hukuki durum ortaya çıkarmıştır. Bu yapısal eşitsizlik ise Avrupa devletlerinin hareket özgürlüğünü neredeyse sınırsız bir kapsama genişletmiş; mutlaka bir sınırdan bahsedilecekse de bu sınır söz konusu devletlerin birbirlerinin ulusal çıkarlarının kesiştiği noktada ortaya çıkmıştır.

Uluslararası hukukun Avrupalı devletler tarafından araçsallaştırılması tarihsel olarak üç temel gelişmeyle ortaya çıkmıştır. Birinci olarak uluslararası

---

1 KOSKENNIEMI Martti, "International Law in Europe: Between Tradition and Renewal", **European Journal of International Law**, C. 16, S. 1, 2005, ss. 113-124.

2 ORAKHELASHVILI Alexander, "The Idea of European International Law", **European Journal of International Law**, C. 17, S. 2, 2006, s. 316.

hukukun Avrupalı karakteri, uluslararası hukuka pozitivist yaklaşımın, o döneme kadar egemen olan doğal hukuk ekolüne karşı kazandığı zafer sonrasında gerçekleşmiştir. Uluslararası hukuktaki pozitivist yaklaşım, en genel hatlarıyla, doğal hukukta yer verilen adalet, özgürlük ve eşitlik gibi her hukuk kişisi için geçerli evrensel ilkeler üzerinde daha az duran, ancak bunların yerine devlet gücünü ve özellikle de iradesini koyan bir yaklaşıma sahiptir.[3] Uluslararası hukuk kuralların varlığını ancak devletlerin rızasına dayandığı ölçüde kabul eden pozitivist yaklaşım, böylece belirli bir seçkin grubu oluşturan devletlerin iradesine uygun olarak belirlenmiş hukuki çerçevenin, yine yalnızca o ayrıcalıklı devlet grubu içinde ortaya çıkmasını ve işleyişini mümkün kılmıştır.[4]

İkinci adım bunun devamı olarak ve egemen-egemen olmayan ayrımında kendini göstermiştir. Avrupa uluslararası hukukunun doktrinsel temelleri genel olarak 1648 Vestfalya Anlaşması'ndan Birinci Dünya Savaşı'na kadar geçen dönemdeki gelişmelerle atılmıştır. Klasik egemenlik kavramı, devletler arasında eşit ilişki kurulması için bir ön koşul niteliğindedir. Hangi siyasal birimin egemen -ve dolayısıyla da eşit haklara sahip- olduğunu belirleme tekelini elinde tutan Avrupa, Avrupa dışı halkları bu haktan yoksun kılmış, dolayısıyla da pozitivist hukuk çerçevesinde bu siyasal birimlerin özgürlüklerini dilediği gibi kısıtlamak konusunda herhangi bir kavramsal zorluk yaşamamıştır. Böylece doğal hukukun Avrupa devletlerine bahşetmediği sömürgecilik "hakkı" için meşruluk zemini oluşturulmuştur. Mutua da egemenlik kavramının Avrupa ile dünyanın geri kalanı arasındaki karşılaşmada sömürgeciliği meşrulaştırmak için çok yararlı bir araç olduğunu ve "*az sayıdaki Avrupa devletinin dünyaya yayılır ve kendi genişlemeleri için dünyanın dörtte üçünden fazlasını devralırken*" bu kavramdan fazlasıyla yararlandığını ifade etmektedir.[5]

Üçüncü gelişme ise kendini medeni-medeni olmayan ayrımında göstermiştir, ki bu ayrım eşitsizlik ve dışlanma üzerine kurulmuştur. Orakhelashvili'nin aktardığına göre örneğin Henry Wheaton, 1886'da yayınladığı *Elements of International Law* kitabında uluslararası hukukun Avrupa dışında uygulanabileceğini, ancak bunların Avrupa uluslararası hukukundan zorunlu olarak

---

[3] DEMİRLİ Aynur / ÖZDEMİR Ali Murat, "Uluslararası Hukuku Dönemselleştirmek: Pozitivist Söylem ve Ötesi", **Uluslararası İlişkiler Dergisi,** C. 16, S. 63, 2019, ss. 51-67.

[4] KINGSBURY Benedict, "Legal Positivism as Normative Politics: International Society, Balance of Power and Lassa Oppenheim's Positive International Law", **European Journal of International Law,** S. 13-2, 2002, ss. 401-37.

[5] MUTUA Makau, "What is TWAIL?", **Proceedings of the ASIL Annual Meeting,** C. 94, 2000, s. 33.

daha düşük bir norm seviyesinde olduğunu vurgulamış ve tüm insanlık için geçerli bir evrensel uluslararası hukukun varlığını inkâr etmiştir.[6] Lorimer de aşağı yukarı aynı tarihlerde yazdığı *The Institutes of the Law of Nations* (1883) kitabında, uluslararası hukukun evrenselliği fikrine karşı çıkmış ve "farklı medeniyet seviyelerine sahip" ulusların uluslararası hukuk sisteminin oluşumundan dışlanması gerektiğini Türkiye (Osmanlı Devleti) üzerinden şu şekilde açıklamıştır: "*[bir uluslararası hukuk kişisi olarak tanıdığımız] Türkler göstermiştir ki medeniyetin sağlamış olduğu hakları [uluslararası hukuktan kaynaklanan] görevlerini yerine getiremeyecekleri kanıtlanmış ve muhtemelen ilerici insan ırklarına ait olmayan barbarlara yönelik olarak genişletme acı bir deneyimle sonuçlanacaktır*."[7] Dahası Lorimer'e göre "barbar devletler" rasyonel iradeden yoksun oldukları için Avrupa ülkeleri tarafından asla tanınamazlar ve eşit bir kişilik olarak kabul edilemezlerdi. Bu nedenledir ki Lorimer, örneğin Cezayir'in Fransa tarafından işgal edilmesini uluslararası hukukun ihlali olarak görmemiştir, zira bu "*üçüncü kişinin polisin yokluğunda harekete geçme hakkı olduğu bir disiplin*" eyleminden ibarettir.[8]

19. yüzyıla gelindiğinde Avrupa uluslararası hukuku gelişimini tamamlamış ve sömürgeci efendinin kullanımı için namluya sürülmüştür.[9] Uluslararası hukuk bugün hâlâ adil olmayan ve eşitsiz yapıları desteklemeye devam etmektedir. Uluslararası hukukun ana akım yaklaşımları ise disiplinin güçlü devletlerce suistimal edilmesini ve bu yolla uluslararası ilişkilerde dayatılan hiyerarşik ilişkileri görmezden gelmektedir. Marksizm gibi eşitsizlik ve sınıf temelli bir yaklaşımın da böylesine bir duruma kayıtsız kalmasını beklemek düşünülemezdi. Her ne kadar klasik Marksistler hukuka olan negatif ve toptan reddedici bakış nedeniyle konuya ilgisiz kalmış olsalar da neo-Marksist yazarlar özellikle 1980'lerden sonra küreselleşme ve uluslararası piyasalardaki gelişmeler sonucunda uluslararası hukuku Marksist yaklaşımın gündemine almışlardır. Nitekim uluslararası hukukun sosyoekonomik boyutunu hesaba katmadan ve disiplinin tarihsel ve toplumsal bağlamını görmezden gelerek yapılacak her analiz, mevcut adaletsiz ve eşitsiz yapıları desteklemeye devam edecektir.

---

6 **ORAKHELASHVILI**, 2006, s. 318.

7 LORIMER James, **The Institutes of the Law of Nations: A Treatise of the Jural Relations of Separate Political Communities**, The Lawbook Exchange, Ltd., New Jersey, 2005, s. 102.

8 RODOGNO Davide, **Against Massacre: Humanitarian Interventions in the Ottoman Empire, 1815-1914,** Princeton University Press, New Jersey, 2012, s. 52.

9 KIRDIM Şahin Eray, "TWAIL'i Anlamak: Uluslararası Hukuka Eleştirel Bir Yaklaşım", **Public and Private International Law Bulletin**, C. 41, S. 1, 2021, ss. 143-145.

Bu çalışmanın amacı, Marksizmin uluslararası hukuk alanında sınırları net şekilde çizilebilen bir yaklaşım sunmadığını, disipline ilişkin bir metodoloji önermediğini ve bu itibarla da Marksist bir uluslararası hukuk teorisinden bahsedilemeyeceğini göstermektir. Bu bağlamda çalışma, öncelikle Marksist genel hukuk teorisinin olup olmadığını incelemektedir. Bu inceleme sonucunda her ne kadar Marx ve Engels'in hukukun temel kavram, kural ve ilkelerine yönelik bütünsel bir çalışması bulunmasa da Marksizmin ürettiği kavramlardan yararlanan doktrinsel çalışmalar ve Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği'ndeki (SSCB) Marksist hukuk pratiğinden hareketle genel bir Marksist hukuk teorisinin söz konusu olduğu gösterilmiştir. Ancak bu teorinin hukuka genel olarak "sönümlenmesi gereken" sınıfsal bir enstrüman olarak yaklaşması nedeniyle, uluslararası hukuk alanında bu tür bir teori geliştirme olanağı mümkün olmamıştır. Bir diğer neden de Marksizmin son derece heterojen yapısından kaynaklanmıştır. Çalışmanın ikinci bölümünde, Marksist uluslararası hukuk yazınının önemli isimlerinin getirdiği farklı yorumlar ele alınmaktadır. Bu yorumlar göstermektedir ki uluslararası hukuk özelinde Marksist bir teoriden değil, ancak uluslararası hukukun Marksist bir yorumundan bahsedilebilir.

Türkçe literatürde Marksist hukuk genel teorisini ele alan çalışmalar -sınırlı sayıda da olsa- bulunmaktadır. Bu kapsamda örneğin, Karahanoğulları'na ait dört çalışma[10] ile Yüksel'e ait bir çalışma[11] doğrudan Marksist genel hukuk teorisi üzerine odaklanmıştır. Benzer şekilde Yelkenci'nin editörlüğünde hazırlanmış kapsamlı bir çalışma[12] ile Dursun'un Türk idare hukukunu Marksist bir açıdan ele aldığı bir çalışması[13] da burada zikredilmelidir. Özdemir'in uluslararası hukuka eleştirel yaklaşımları ele aldığı kitabındaki bir bölüm[14] ile yine Çelebi ve Özdemir'in benzer nitelikli bir makalesinde[15]

---

[10] KARAHANOĞULLARI Onur, "'Marksizm ve Hukuk' Yazın İncelemesi", **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi,** C. 58, S. 3, 2003, ss. 197-232; KARAHANOĞULLARI Onur, "Marksizm ve Hukuk", **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi** C. 57, S. 2, 2002, ss. 61-92; KARAHANOĞULLARI Onur, **Marksizm ve Hukuk: Diyalektik Hukuk Bilimi,** Yordam Kitap, İstanbul, 2018; KARAHANOĞULLARI Onur, "Ekim Devrimi'nde Hukuksal Kuruluş", **Monthly Review Türkiye,** C. Kasım 2017, S. 4, 2017, ss. 143-57.

[11] YÜKSEL Murat, "Marksizm ve Hukuk Anlayışı", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 13, S. 3-4, 2017, ss. 19-38.

[12] YELKENCİ Taner, **Marksist Devlet ve Hukuk Teorisi**, 2. bası, NotaBene Yayınları, İstanbul, 2017.

[13] DURSUN Hasan, "(Marksist Kuram Açısından) Kapitalist Düzende İdare Hukuku ve Kuramın Görüşlerinin Bu Hukuka Yansımaları Konusunda Türkiye'den Bir Örnek", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, C. 30, S. 131, 2017, ss. 115-78.

[14] ÖZDEMİR Ali Murat, **Güç Buyruk Düzen**, İmge Kitabevi, Ankara, 2011.

ise Marksist uluslararası hukuk konusuna yer verilmiştir. Ayrıca genel hukuk teorisi üzerine yazılmış Collins'in bir kitabı[16] ile Pashukanis'in bir başka kitabının[17] da Türkçe'ye çevrilmiş olduğu belirtilmelidir. Buradan da görüleceği üzere Marksist hukuk genel teorisi üzerine Türkçe literatürde yapılmış çalışmalar sayı ve kapsam itibariyle sınırlıdır. Uluslararası hukuku Marksist bir bakış açısından ele alan çalışmalardaki durum ise daha da kısırdır. Bu anlamda eldeki çalışmanın Türkçe literatürdeki bu boşluğun doldurulmasında naçizane bir katkı yapması amaçlanmaktadır.

I. MARKSİST GENEL HUKUK TEORİSİ

Marksist bakış açısı uluslararası hukuk alanında görece az tartışılmış ve Marksist yazarlar tarafından hem nicelik hem nitelik itibariyle sınırlı olarak incelenmiş bir alandır.[18] Chimni'nin de belirttiği gibi uluslararası sistemin önemli bir aracı olan uluslararası hukuk, Marksist yaklaşım tarafından neredeyse görmezden gelinmiştir.[19] Marx ve Engels'in hukuk konusunda doğrudan bir çıkarımına ulaşmak zor olsa da değindikleri farklı konular içerisinde hukuka ilişkin saptamalar yapmışlardır. Bu itibarla, klasik ve genelleyici bir Marksist hukuk felsefesinin varlığından bahsedebilmek mümkün değildir.[20] Hatta Karahanoğulları'nın ifadesiyle net bir şekilde söylenebilir ki "*Marksizmin hukukla temel derdi, dünyaya hukuksal bakışın yanlışlığını saptamak*" olmuştur.[21] Nitekim hukuk gibi geniş bir alanın kesin hatlarla çizilmiş Marksist bir yorumunu yapmak da kolay değildir, zira Marksizm içerisinde birçok fikir ayrılığı, farklı bakışlar, itirazlar veya karşıt görüşler mevcuttur.[22]

---

15 ÇELEBİ Hürkan / ÖZDEMİR Ali Murat, "Uluslararası Hukukta Eleştirel Yaklaşımlar", **Uluslararası İlişkiler**, C. 7, S. 25, 2010, s. 80.

16 COLLINS Hugh, **Marksizm ve Hukuk**, (çev. Umre Deniz Tuna), 1. bası, Dipnot Yayınları, Ankara, 2013.

17 PASHUKANIS Genel Evgeny Bronislavovich, **Genel Hukuk Teorisi ve Marksizm**, (çev. Onur Karahanoğulları), 1. bası, Birikim Yayınları, İstanbul, 2002, ss. 137-41.

18 MIÉVILLE China, **Between Equal Rights: A Marxist Theory of International Law**, Brill, Leiden, 2005, s. 60.

19 CHIMNI B. S., "Marxism and International Law: A Contemporary Analysis", **Economic and Political Weekly**, C. 34, S. 6, 1999, s. 337.

20 **KARAHANOĞULLARI**, 2002, s. 62.

21 Ibid., s. 63.

22 KNOX Robert, "Marxist Approaches to International Law", **The Oxford Handbook of the Theory of International Law,** (Ed. Anne Orford ve Florian Hoffmann), Oxford University Press, Oxford, 2016a, s. 1; RASULOV Akbar, "A Marxism for International Law: A New Agenda", **European Journal of International Law**, C. 29, S. 2, 2018, s. 633.

Yukarıda da ifade edildiği gibi Marx'ın genel düşünü, hukukun dünyanın anlaşılmasında ve yorumlanmasında kullanılamayacağı yönündedir. Bu kapsamda hukuk üzerine ağırlık vermenin de anlamı yoktur. Karahanoğulları'nın Brimo'dan aktardığı üzere Marksist hukuk anlayışının temel özelliği hukuk karşıtlığıdır.[23] Bu hukuk karşıtlığı içerisinde yine Karahanoğulları'na göre, Marksist bir hukuk teorisinden, felsefesinden, öğretisinden ve hatta akımından bile bahsetmek mümkün değildir, zira hukuka ilişkin temel kavram ve kurumları topyekûn Marksizm üzerinden tartışan bir çalışma bulunmamaktadır.[24] Benzer şekilde Collins de Marksizmin kurucularının bile hukuk konusunda metodolojik ve anlamlı bir açıklama girişiminde bulunmadığını ifade etmektedir.[25] Hukuk, Marx için ancak sınıf ilişkilerinin bulunduğu bir yapıdır.[26] Bu bağlamda Marksist görüş hukukun ortak değerlerin korunması için değil, tam aksine baskın grubun egemenliğini korumak üzere oluştuğunu ve süregeldiğini varsayar.[27]

Bu itibarla Marksist hukuk anlayışı, genel Marksist devlet teorisinden ayrılmayacak şekilde ele alınmalıdır. Marksist devlet teorisinde ekonomik ilişkiler ve bu ekonomik ilişkiler üzerinden üretilen sosyal ilişkiler devletin ve hukukun doğuşu ve yok olmasına sebep olan temel unsurlardır. Ayrıca bu anlayışa göre hukuk, devletin yönetiminde siyasal olarak baskın grup haline gelen sınıfın (burjuva ve kapitalistlerin), diğer sınıfı (proletaryayı) sömürmek için kullandığı bir araçtır.[28] Dahası proletaryayı kontrol altında tutma amacını taşıyan hukuk, burjuva değerleriyle örülü devlet tarafından kutsanmakta, bir diğer ifadeyle "hukuk fetişizmi" yaratılmaktadır. Hukuk fetişizmi, üç temel niteliğe sahiptir ve bu temel niteliklerin tamamı Marksistler tarafından reddedilmiştir. Birincisi, hukuk fetişizmi toplumsal bir düzenin sağlanması için hukukun mecburi olduğunu ifade eder. Buna göre hukuk olmadan ancak anarşi meydana gelecektir. İkincisi, hukuk fetişizmi hukukun diğer alanlardan ayrı müstakil bir bilim olduğunu ileri sürer. Bir diğer ifadeyle hukuk başlı başına bir bilim ve çalışma alanıdır. Üçüncü ve son nitelik

---

23 **KARAHANOĞULLARI**, 2003, s. 201.

24 Ibid., s. 231.

25 **COLLINS**, 2013, s. 22.

26 CAIN Maureen / HUNT Alan, **Marx and Engels on Law**, Academic Press Inc., London, 1979, s. 62.

27 YALVAÇ Faruk, "Class Structure of International Law", **Spectrum: Journal of Global Studies**, C. 3, S. 4, 2011, s. 69.

28 KELSEN Hans, **The Communist Theory of Law**, Frederic A. Praeger, New York, 1955, s. 1.

ise hukukun üstünlüğü anlayışıdır. Bu anlayış, hukukun herkesi eşit ve aynı şekilde kısıtladığı ve aynı ölçüde haklar sağladığı tezine dayanır. Marksistlere göre hukuk fetişizmi bu üç niteliği ile reddedilmektedir.[29]

Marksizm'in temelindeki tarihsel materyalizm,[30] Marksist bir hukuk bakış açısının açıklanmasında önemli bir yere sahiptir. Tarihsel materyalizm, iki temel varsayımıyla Marx tarafından dile getirilmiştir. Birincisi, üretim tarzlarının çelişkisi; ikincisi, ekonomik yapı üzerinde mülkiyet sahipliğinin etkisi.[31] Marx'a göre üretim ilişkileri, toplumun temel yapı taşı olarak ortaya çıkar.[32] Dolayısıyla hukukun oluşumunda da üretim ilişkilerinin olduğunu varsaymak yersiz olmayacaktır. Tarihsel materyalizm içerisinde anlam kazanan altyapı ve üstyapı metaforları hukukun açıklanmasında da gündeme gelmektedir. Altyapı, bir toplumun varlığını inşa ettiği en az üç toplumsal ve maddesel şarta dayalı bir kombinasyondur: i-) ekolojik ve coğrafi koşullar, ii-) Üretim güçleri, iii-) Sosyal üretim ilişkileri.[33] Marx'a göre altyapı, yasal ve siyasal üstyapının üzerine inşa edildiği üretim ilişkilerinden oluşan toplumun ekonomik yapısını ifade eder.[34] Üretim biçimleri altyapıyı belirlediği için bu bağlamda temel belirleyici olmaktadır.[35]

Tam da bu noktada tarihsel materyalizm ve Marx, hukukun üstyapıya ait olduğunu ve altyapının temel belirleyicisi olan ekonomik ilişkilere, yani üretim biçimlerine bağlı olduğunu ileri sürer.[36] Pashukanis ve Miéville ise bu anlatıya karşı çıkmış ve Marx'ın aksine hukukun üstyapı değil altyapı olduğunu ifade etmişlerdir.[37] Tarihsel materyalist anlatıya göre, piyasa koşullarında kapitalistler, herhangi bir öncül siyasal statülerine bakılmaksızın meta-

---

29 **COLLINS**, 2013, ss. 22-25.

30 Ibid., s. 31.

31 LEVINE Norman, "The German Historical School of Law and the Origins of Historical Materialism", **Journal of the History of Ideas**, C. 48, S. 3, 1987, s. 433.

32 **COLLINS**, 2013, s. 33.

33 GODELIER Maurice / BLOCH Maurice / VLAESSEN Henri J. M., vd., "Infrastructures, Societies, and History [and Comments]", **Current Anthropology**, C. 19, S. 4, 1978, s. 763.

34 MARX Karl, **Selected Works in Two Volumes**, (Ed. I. B. Lasker), 2. bası, C. 1, Lawrence & Wishart, London, 1947, s. 300.

35 MAKARIUS Raoul, "On Godelier on Superstructures and Infrastructure", **Current Anthropology**, C. 21, S. 2, 1980, s. 253.

36 **COLLINS**, 2013, s. 38; FREEDMAN Carl, "Speculative fiction and international law: The Marxism of China Miéville", **Socialism and Democracy**, C. 20, S. 3, 2006, s. 28.

37 BINNS Peter, "Law and Marxism", **Capital & Class**, C. 4, S. 1, 1980, s. 104, **MIÉVILLE**, 2005, s. 95.

yı satan ve alan olarak eşit koşullarda kabul edilirler. Bu koşullar aynı zamanda proletarya için de var olmaktadır. Proletarya, emeğini kapitalist düzene satıp satmamakta özgürdür, ancak emeğini satmaması karşılığında açlık ve yoksulluğa mahkûm olacaktır. Bir diğer ifadeyle burada tam bir özgürlükten bahsetmek mümkün değildir. Ancak kapitalist özneler açısından bakıldığında formel bir eşitlik ve özgürlük görülmektedir. Onlar, kapitalizm tarafından özellikle meta mübadelesini düzenleyen kurallara tabidirler.[38]

Pashukanis ve Miéville'in hukuku altyapı olarak betimlemesi tam da bu bağlamda anlaşılmalıdır. Hukuk, kapitalistlere ve proletaryaya farklı kapsamda özgürlük ve eşitlik vadetmektedir. Tam ifadesiyle Miéville'e göre yasal form, meta mübadelesine dayalı sosyal ilişkiler üzerine inşa edilmiştir. Bu ilişki içerisinde emek, meta haline gelmiştir. Böylece kapitalist sistemde yasal form, kapitalist sömürünün ve sınıf temelli sömürünün bir parçası olmuştur.[39] Hunt'a göre Marksist hukukun temel sorusu, kapitalist toplumlarda hukukun yapısal eşitsizliğin yeniden üretiminde nasıl bir rol oynadığına ilişkindir ve bu bağlamda Marksist hukuk için altı temel özellik belirlemiştir:

1) Hukuk kaçınılmaz olarak politiktir.
2) Hukuk ve devlet sıkı şekilde birbirine bağlıdır.
3) Hukuk ekonomik ilişkileri etkiler veya onların bir yansımasıdır.
4) Hukuk her zaman potansiyel olarak cebridir ve devletin cebir ve güç kullanmadaki tekelini yansıtır.
5) Hukukun içeriği ve süreçleri doğrudan veya dolaylı olarak baskın sınıf veya sınıfların faydalarınadır.
6) Hukuk ideolojiktir ve egemen sınıfın değerlerinin meşrulaştırılmasını sağlar.[40]

SSCB'nin kuruluş yılları sosyalist hukuk yaklaşımının gündeme geldiği yıllar olmuştur.[41] Karahanoğulları da 1917-1936 dönemini Sovyet hukuk

---

38 **FREEDMAN**, 2006, s. 29.

39 **MIÉVILLE**, 2005, s. 119.

40 HUNT Alan, "Marxist Theory of Law", **A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory**, (Ed. Dennis Patterson), John Wiley & Sons, Ltd, 2010, s. 350.

41 AKHTAR Zia, "Law, Marxism and the State", **International Journal for the Semiotics of Law - Revue Internationale de Sémiotique Juridique**, C. 28, S. 3, 2015, s. 667.

sisteminin kuruluş yılları olarak ele almaktadır.[42] Bu dönemde kurulmuş olan Sovyet hukuku, SSCB'deki sosyalist düzenden ve Marksist-Leninist anlayıştan etkilenmiştir.[43] Sovyet dönemindeki hukuksal dönüşüm, süreç içerisinde akademi ve siyaset dahil olmak üzere temel alanlarda görev yapanların teorik ve pratik tartışmalarına ve gruplaşmalara neden olmuştur.[44] Bu kapsamda Marksizmin siyasal yansıması olan 1917 Ekim Devrimi'nin SSCB'de yarattığı iki temel hukuk tezi ortaya atılmıştır.[45] Pashukanis'in de savunucusu olduğu ilk tez, sosyalist temelli bir hukuk inşasının kapitalizm sonrasında mümkün olamayacağı, zira devletin ve hukukun sönümlenmesi gerektiğini ileri sürmektedir. İkinci tez ise, bunun tam aksine Marksist yazına dayanan ve sönümlenmeyecek bir sosyalist hukuk teorisi geliştirilebileceğini iddia etmektedir.[46] Bu kapsamda Marksist hukukun ortaya çıkışı ve gelişiminde SSCB'de üç temel dönem bulunmaktadır. Birinci dönem, Pashukanis'in yukarıda belirtilen ilk tezi doğrultusunda sönümlenmeci hukuk dönemidir. İkinci dönemde, Lenin'in Yeni Ekonomi Politikası (NEP) doğrultusundaki politikaları sebebiyle hukukun geliştiği, yasaların ve yasal kurumların sayısının arttığı, hatta Pashukanis tarafından da bu yönleriyle eleştirilmiş olan NEP dönemidir. Son dönem ise, Stalin'in etkisiyle ve Vyshinsky'nin tezleri doğrultusunda sönümlenmeci hukuktan vazgeçilerek Marksist-Sosyalist hukukun SSCB sisteminde en güçlü olarak var olduğu dönemdir. Bu çalışma da Marksist hukukun gelişimini incelerken bu dönemlemeye sadık kalmaktadır.

Marksist hukuk teorisinde her ne kadar tartışmalı olsa da Pashukanis'in önemi ve yeri oldukça büyüktür. Binns'e göre Pashukanis, Marksist bir hukuk bakış açısını sunan neredeyse tek sosyalisttir.[47] 1930'larda SSCB'deki hukuksal reformlar ışığında ortaya çıkan ve "meta mübadelesi okulu" olarak adlandırılan ekol, Pashukanis'in en etkin üyesi olduğu ve 1938'de dağı(tı)lan ekoldür. Bu ekole göre her ne kadar Marx'ın doğrudan bir hukuk değerlendirmesi yoksa da özellikle toplumsal ilişkilerin açıklanmasında kullandığı meta mübadelesi kavramı hukukun temeline alınmaktadır.[48] Bilinen

---

42 **KARAHANOĞULLARI**, 2017, s. 145.

43 SMITH Gordon B., **Soviet Politics: Continuity and Contradiction**, Macmillan Education, London, 1988, s. 138.

44 **KARAHANOĞULLARI**, 2017, s. 150.

45 **SMITH**, 1988, s. 139.

46 **KARAHANOĞULLARI**, 2002, s. 65.

47 **BINNS**, 1980, s. 1.

48 **KARAHANOĞULLARI**, 2002, s. 64.

en temel çalışması olan 1924 tarihli *General Theory of Law and Marxism* kitabında ifade ettiği üzere, Pashukanis'in temel amacı yasal form ile meta formu arasında bir yakınlık veya benzerlik kurmaktır.[49] Bir başka ifadeyle, "Pashukanis, meta formu mantığının yasal form mantığı olduğunu ileri sürmektedir".[50] Bu anlamda yasal form ile meta form özdeştir. Meta form, meta mübadelesi ilişkilerini anlatmaktadır: bir pazarın varlığı halinde buradaki meta mübadelesi ilişkileri, hukuki düzenlemelere ihtiyaç duyacaktır. Öyle ki meta değişiminde alım, satım, sahiplik, anlaşma gibi konular hukuki düzenlemelere muhtaçtır. Bu muhtaçlık içerisinde meta formu, yasal forma dönüşecek ve hukuk kurallarını oluşturacaktır. Meta mübadelesinin olduğu yerde, Çelebi ve Özdemir'e göre, "*'özgür', 'egemen', 'eşit' insan taşıyıcılar arasındaki ilişkiler, 'hukuki biçim' aracılığı ile düzenlenir. Bunların 'özgürlükleri' istedikleri metayı istediği şeyle değiştirme kabiliyetinden, 'egemenlikleri' taşıdıkları mal üzerinde tasarruf hakkı sahibi olmalarından ve 'eşitlikleri' de taşıyıcısı oldukları metanın evrensel eşitleyicinin terimleri ile değerlendiriliyor olmasından kaynaklanmaktadır*".[51] Böylece bir adım ilerisinde hukuk da aynı devlet gibi kapitalizmin baskıcı gücünün bir aracı olarak okunmakta ve sosyalizm altında uzun bir ömrünün olmayacağına inanılmaktadır.

Pashukanis'in canına mal olan[52] bu meta mübadelesi temelli hukuk teorisi, temel savını sosyalist bir hukukun kurulamayacağı ve sosyalizme geçişle birlikte devletin de sönümlenmesi sonuç ve hatta gerekliliğine dayandırmaktadır.[53] Bu bağlamda, kapitalist üretim biçimlerinin getirdiği bir sonuç olarak meta sahiplerinin haklarının korunması gerekmektedir, ki meta mübadelesine dayalı bir ekonomik yapı oluşabilsin ve ayakta kalabilsin. Böylece burjuva hukuku olarak adlandırılabilecek bu hukuk yapısı, bireylerin haklarını korumaya odaklanmıştır ve bu sebeple de Pashukanis'in düşüncesi "hukukun meta mübadelesi teorisi" olarak bilinir.[54] Huskey'e göre de hukuk

---

[49] PASHUKANIS Evgeny Bronislavovich, **The General Theory of Law & Marxism**, (çev. Barbara Einhom), 2. bası, Transaction Publishers, New Brunswick, 2003, s. 38.

[50] **MIÉVİLLE**, 2005, s. 78.

[51] **ÇELEBİ / ÖZDEMİR**, 2010, s. 80.

[52] Pashukanis, 1937'de ironik bir şekilde "sosyalist hukuk adına" yargılaması bile yapılmadan idam edilmiştir. HEAD Michael, "The Rise and Fall of a Soviet Jurist: Evgeny Pashukanis and Stalinism", **Canadian Journal of Law and Jurisprudence**, C. 17, S. 2, 2004, ss. 271, 275.

[53] Ibid., s. 270; **KARAHANOĞULLARI**, 2002, s. 64.

[54] **COLLINS**, 2013, ss. 161-62.

ve sosyalizmin aynı devrim bayrağının gölgesi altında yan yana yaşaması mümkün değildir.[55] Bu dönemin Sovyet lideri Lenin de hukuk ve devlete ilişkin bu Marksist yoruma yakın görünmektedir. Zira ona göre hukuk ve devlet, burjuva toplumunun elinde olan ve komünist bir düzene geçişle ortadan kalkması gereken sistemlerdir.[56]

Pashukanis yasaları ve hukuku bu şekilde kapitalizm ve meta mübadelesiyle ilişkilendirmektedir[57] ve bu ilişkinin doğal bir sonucu olarak "hukukun sönümlenmesi" ortaya çıkmaktadır. Hukuk madem kapitalist ilişkilerin bir ürünüdür, o halde kaçınılmaz olarak kapitalizm sonrası düzende ortadan kalkacaktır.[58] Kapitalizm sonrası düzende meta mübadelesi tarzı bir üretim modeli olmayacağı için, buna dayalı bir hukuk sisteminin de anlamı kalmayacaktır.[59] Dahası, proleter bir devrim ile mülkiyet, devlet ve nihayetinde hukuk tamamen ortadan kalkacaktır.[60]

Dolayısıyla her ne kadar Pashukanis'in temel eseri Genel Hukuk Teorisi ve Marksizm[61] olsa da bu çalışmasında genel bir Marksist hukuk teorisi kurulmasının imkansızlığına vurgu yapmaktadır.[62] Ancak yine de Pashukanis'e göre sosyalist bir hukuk düzeninin reddi, devrim sonrasında bir hukuk düzeni olmayacağını da ifade etmemektedir.[63] Pashukanis'in diğer yazından ve SSCB'deki ikinci hukuk teorisi olan hukukun sönümlenmeyeceği iddiasından ayrılan en temel noktası, hukuku sınıf ilişkilerinin bir ürünü olarak görmek yerine bireylerin haklarının korunmasının bir ürünü olarak değerlendirmesidir.[64] Bireylerin hakların korunmasından anlaşılması gereken, meta mübadelesi ilişkileri kapsamında ortaya çıkan durum içerisinde bireysel hakların düzenlenmesine duyulan ihtiyaçtır. Meta mübadelesi, burjuva hu-

---

55 HUSKEY Eugene, "A Framework for the Analysis of Soviet Law", **The Russian Review**, C. 50, S. 1, 1991, s. 55.

56 **SMITH**, 1988, s. 138.

57 **PASHUKANIS**, 2002, ss. 137-41.

58 SHARLET Robert, "Stalinism and Soviet Legal Culture", **Stalinism: Essays in Historical Interpretation**, (Ed. Robert C. Tucker), Transaction Publishers, New Brunswick, 1999, s. 161.

59 **COLLINS**, 2013, s. 164; **AKHTAR**, 2015, s. 668.

60 TAY Alice Erh-Soon / KAMENKA Eugene, "Marxism, Socialism and the Theory of Law", **Columbia Journal of Transnational Law**, C. 23, S. 2, 1985, ss. 229-230.

61 **PASHUKANIS**, 2002.

62 **KARAHANOĞULLARI**, 2003, s. 200.

63 **KARAHANOĞULLARI**, 2018, s. 194.

64 **COLLINS**, 2013, s. 161.

kukunun bir özelliği olarak özellikle mülkiyet hakkına sahip yasal öznelerin ilişkilerinde ortaya çıkar. Bu kapsamda hukuk, mülkiyet gibi burjuva temelli haklara sahip bireylerin bu haklarının korunmasının aracıdır.[65]

Pashukanis'in hukuka sönümleyici yaklaşımı ve meta mübadelesi teorisine yönelik çeşitli eleştiriler bulunmaktadır. Bu kapsamda Collins, Pashukanis'in genel hukuk teorisine bir dizi eleştiri yöneltmiştir. Meta mübadelesi teorisi üç temel dayanağa sahiptir: i) hukukun materyalist yorumu, ii) hukuk kurallarına indirgemeci yaklaşım, iii) bireysel haklara saygı duyan tüm normların yasa olabilmesi. Bu üç özellik de Collins tarafından eleştirilmektedir. Pashukanis'in yaklaşımındaki hukukun materyalist yorumuna göre, toplumun maddi temelinin üretimi -ve yeniden üretimi- tarihsel gelişimde öncül ve belirleyicidir ve hukuk da bu üretim ilişkilerin bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır.[66] Collins'e göre bu yaklaşım, toplumun bilinçli eylemlerini açıklamakta yetersiz kalmakta ve kaçınılmaz şekilde kusurlu bulunmaktadır. İndirgemeci yaklaşım ise, Pashukanis'in tüm hukuk kurallarını meta mübadelesinin bir ürünü olarak görmesini ifade etmektedir. Collins de bu düşünceye farklı hukuk kuralı türlerinin varlığı üzerinden karşı çıkmaktadır. Örneğin ticaret hukuku ve sözleşme hukuku gibi alanlar meta mübadelesinin ürünü olabilse de ceza hukukunun meta mübadelesinin bir ürünü olduğunu ifade etmek eleştiriye daima açık olacaktır. Son olarak Pashukanis, bireysel haklara saygı duydukça tüm kural setlerinin yasa olarak adlandırılabileceğini öne sürmektedir. Collins ise bu durumun yasalar ve toplumsal kurallar arasındaki farkı muğlaklaştırdığını ifade ederek eleştirisini yapmaktadır.[67]

Hukuk, hak, mahkeme gibi yasal kurum ve kavramlar da teoride ve pratikte SSCB ve kapitalist düzen arasında farklılıklar göstermektedir.[68] Karahanoğulları da benzer şekilde hukuk düşünü dahil tüm yasal kurumların Ekim Devrimi ile yaşanan dönüşüme ayak uydurmaya çalıştığını ifade etmektedir.[69] Nitekim süreç de bunu göstermiştir. İç savaşın sonlanmasından sonra, kamulaştırma ve devlet tekelinde üretim ve ticaret öngören sistem, ekonomik zorluklara yol açmıştır. Bunun sonucu olarak Lenin yönetimi,

---

65 Ibid., ss. 161-162.

66 COTTERRELL Roger B. M. "Review of Pashukanis: Selected Writings on Marxism and Law", **British Journal of Law and Society,** C. 7, S. 2, 1980, s. 321.

67 **COLLINS**, 2013, ss. 162-164.

68 FULLER Lon L., "Pashukanis and Vyshinsky: A Study in the Development of Marxian Legal Theory", **Michigan Law Review**, C. 47, S. 8, 1949, s. 1158.

69 **KARAHANOĞULLARI**, 2017, s. 144.

1918-1921 arası dönemi kapsayan savaş komünizminden, yeni bir ekonomik düzene geçtiğini açıklamıştır. Mart 1921'deki 10. Parti Kongresi'nde Lenin, çiftçileri ve köylüleri devletle karşı karşıya getiren açlık ve ekonomik düzen karşısında NEP'in ilanını yapmıştır.[70]

NEP'le birlikte artık daha önceki devlet kamulaştırması ve tekeline dayalı ekonomik sistemden, sınırlı da olsa özel sektör girişimlerine izin veren bir ekonomi politikasına geçiş yapılmıştır. Bunun hukuk ile bağlantısı ise, sınırlı özel sektörün ilişkilerinin düzenlenmesi gerekliliğiyle ortaya çıkmıştır. Bu kapsamda NEP dönemi, Sovyet hukuku alanında dönüşümlerin ve düzenlemelerin yaşandığı bir dönem ve yeni bir hukuk sisteminin yaratıldığı süreç olarak öne çıkmaktadır.[71] Bu dönemdeki hukuk anlayışı, öngörülebilir, standart ve yazılı bir hukuk sisteminin kurulmasına dayanmaktadır.[72] 1922-27 yılları arasında Medeni Hukuk, Toprak Hukuku, Ceza Hukuku, İş Hukuku ve Aile Hukuku gibi alanlarda yasal düzenlemelerin yapılması, bu dönemin yarattığı sonuçlar arasındadır.[73] Bu dönem, hiç şüphesiz ki Pashukanis tarafından eleştiri odağı olmuş, Sovyet hukukunu burjuva hukuku olarak adlandırmasına yol açmıştır.[74] Açıkça ifade edilmelidir ki bu süreç, Pashukanis'in eleştirisinden anlaşılacağı gibi Ekim Devrimi sonrasında ağırlık kazanmış olan "sönümlenmeci hukuk" anlayışının terki anlamına gelmiştir. Lenin'in hukukun sönümlenmeci yaklaşımını terki, Sharlet'e göre iç savaş koşullarında yıpranmış olan bir düzeni ayakta tutması için atılmış bir adımdı.[75] Lenin, NEP ile birlikte aslında aynen Pashukanis'in meta mübadelesi teorisinde ileri sürdüğü gibi, özel iştiraklerle tekrar başlayan mübadele ilişkilerini düzenlemek için hukuk kurallarına ihtiyaç duymuştur. Bu da Sovyet sistemi içerisinde burjuva döneminin hukuk düzenlemelerine benzer bir hukuk sistemi oluştuğu şeklinde yorumlanabilir. Özetle NEP dönemi, Sovyet hukuk sistemi ve Marksist hukukta ikinci dönemdir.

Bir diğer SSCB hukukçusu olan Vyshinshky, ikinci tezle uyuşan bir şekilde sosyalist hukuk düzeninin kapitalizmi yıkıp sosyalizmi kurmak için kullanılabileceğini ifade etmiştir. Bu doğrultuda hukuk öncelikle devleti

---

70 RICHMAN Sheldon L., "War Communism to NEP: The Road From Serfdom", **The Journal of Libertarian Studies**, C. 5, S. 1, 1981, ss. 89-93.

71 **KARAHANOĞULLARI**, 2018, s. 179.

72 **SHARLET**, 1999, s. 160.

73 **KARAHANOĞULLARI**, 2017, ss. 152-153.

74 Ibid., s. 154.

75 **SHARLET**, 1999, s. 158.

güçlendirmek amacıyla kullanılıp daha sonra da sosyalizmin kurulması ve uygulanması için kullanılabilir bir araç olarak görülmüştür.[76] Huskey'nin aktardığı şekilde Vyshinsky, hukukun tam gücünün ancak sosyalist düzenle gösterebileceğine inanmaktadır.[77] Vyshinsky, daha önceleri aynı paydada buluştuğu Pashukanis'in meta mübadelesi teorisinden kaçınmakla birlikte, hukukun üretim ilişkilerinin bir ürünü olduğunu ifade etmiş,[78] ancak Sovyet hukukunu Stalinist bir sistematiğe kaydırmıştır.[79] Stalin, 16. Parti Kongresi'nde açık ve net şekilde Vyshinsky'nin görüşüne paralel bir fikir ortaya koymuştur. Buna göre devletin sönümlenmesi için, tarihte görülmüş en güçlü devlet kurulmalıdır.[80] Böylelikle 1930 yılı, Sovyet hukukunda yeni dönemin resmi olarak ve ilanen başlangıcıdır. Bu dönemde "*kapitalist üretim ilişkilerinin temel hukuk biçimlerini kısmen bozarak olsa da kullanan ve sosyalist içerikli olduğu ileri sürülen Sosyalist hukuk gelişmiştir*".[81] 1936 yılında Stalin anayasasının[82] kabulü ile de Sovyet hukuk kültüründe Stalinci dönem bir anlamda ete kemiğe bürünmüştür.[83] Stalin dönemi, genel olarak Sovyet hukuk kültürünün oluştuğu ve hukukun sönümleneceği tezinin tamamen terk edildiği dönem olarak görülmektedir.[84] Bir diğer ifadeyle bu dönem, NEP döneminden sonra Marksist hukukun üçüncü dönemidir.[85]

Pashukanis'in aksine hukukun sönümlenmesinden ziyade güçlendirilmesini savunan Vyshinsky'nin[86] hukuka bakışı ve kurguladığı Sovyet hukuku üç temel özellikle betimlenebilir. İlk olarak, Vyshinsky ikili bir devlet

---

76 **AKHTAR**, 2015, s. 669.

77 **HUSKEY**, 1991, s. 57.

78 VYSHINSKY Andrei Y., **The Law of the Soviet State**, (çev. Hugh W. Babb), Macmillan Company, New York, 1948, s. 14.

79 SHARLET Robert / BEIRNE Piers, "In Search of Vyshinsky: The Paradox of Law and Terror", **Revolution in Law: Contributions to the Development of Soviet Legal Theory, 1917-1938**, (Ed. Piers Beirne), Routledge, London, 2015, s. 143, 149.

80 **KARAHANOĞULLARI**, 2017, s. 155.

81 Ibid, s. 156.

82 RADIN Max, "Vyskinsky's Law", **The Virginia Quarterly Review**, C. 25, S. 3, 1949, s. 466.

83 **KARAHANOĞULLARI**, 2017, s. 155; **SHARLET**, 1999, s. 169.

84 **SHARLET**, 1999, s. 158.

85 Çalışmanın kısıtlılığı içerisinde NEP döneminden sonra hukuk devrimi olarak adlandırılan ve NEP'e, NEP'in getirdiği hukuk kültürü ve sistemine karşı Pashukanis'in teorisi etrafında toplananların yürüttüğü mücadeleyi içeren döneme ayrıca değinilmemiştir. Bu süreç, NEP döneminde kurulan hukuki kurumların ve düzenlemelerin ortadan kaldırılmasını amaçlamaktadır. Detaylı bilgi için bkz. Ibid.

86 Ibid., s. 178.

yapısı öngörmektedir. Bu yapıda proletarya diktası hukukun kaynağı iken, Komünist Parti hukukun yerini alan kurumdur. Bir diğer ifadeyle hem hukuki kuralların olduğu ve düzenin bulunduğu hem de bu kuralları tek çırpıda yok sayabilecek bir gücün bulunduğu bir devlet biçimiyle karşı karşıya kalınmıştır. İkinci olarak Vyshinsky, siyasi ve olağan (gündelik) hukuki olaylar ve davalar arasında bir ayrım olduğunu ifade etmiştir. Bu ayrım, sosyalist bir hukuk bilinci kurularak düzeltilmeli ve hukuk bir politika aracı olarak da kurgulanmalıdır. Hukukun bu kapsamda azalmış olan itibarı özellikle güçlü mahkemeler ve güçlü hukuki yapılar ile adil kararların alınması doğrultusunda düzeltilmelidir. Son olarak Vyshinsky, hukuka olan saygının varlığını reddetmese de bunun ancak proleter devrimin kuralları ile uyuştuğu müddetçe değerli olduğunu savunmaktadır.[87] Bir diğer ifadeyle devrimle çelişen bir hukuk kuralına saygı duymak mümkün değildir.

Smith, Vyshinsky'nin hukuka genel olarak bakışını otoriter olarak adlandırmaktayken,[88] Karahanoğulları da bu yaklaşımı sosyalist normativist-pozitivizm olarak ifade etmektedir.[89] Vyshinsky, devlete ve özellikle hukuka ilişkin burjuva teorilerinin sınıf sömürüsünü göz ardı ettiğini ve hatta gizlediğini ifade etmekte, bunların bilimsel bir dayanağı olmadığını, ancak Marksist-Leninist bir hukuk ve devlet teorisinin bilimsel gerçekliği olduğunu ileri sürmektedir.[90] Marksizme göre hukuk, materyalist ilişkilerin bir sonucudur ve hukuk kesinlikle baskın sınıfın istediği bir kurumdur. Böylece hukuk, ekonomik ilişkilerin üzerinde şekillenmiş bir üstyapıdır.[91]

II. MARKSİZMİN ULUSLARARASI HUKUK YORUMU

Yukarıda da ifade edildiği üzere Marx, Engels ve Lenin'in çalışmalarında hukuk ve yasal düzen ile ilişkili bir konu bulmak ve sistematik bir Marksist hukuk analizi geliştirmek mümkün değildir.[92] Dolayısıyla Marksizm ile uluslararası hukukun bağlantısını yakalamak da bir hayli zorlaşmaktadır. Belki de bu nedenle Carty de Marksizmin bir uluslararası hukuk teorisi oluşturmadığını, ancak bugün uluslararası hukukun nasıl yozlaştırıldığını açıklayabilecek bir pencere sunduğunu

87 **SHARLET** / **BEIRNE**, 2015, s. 150.

88 **SMITH**, 1988, s. 139.

89 **KARAHANOĞULLARI**, 2018, s. 191.

90 **VYSHINSKY**, 1948, ss. 5-6.

91 Ibid., s. 13.

92 **KNOX**, 2016a, s. 306; CHIMNI, 1999, s. 337.

ifade etmektedir.[93] Bu itibarla Marksist bir uluslararası hukuktan ziyade, uluslararası hukukun Marksist bir eleştirisinden bahsetmek daha doğru olacaktır.

Her ne kadar klasik Marksizm uluslararası hukukla ilişkili doğrudan bir görüş belirtmemiş olsa da Marksist yazında sonradan üretilmiş kavramlar ve bakış açıları uluslararası hukuk için önemli bir miras oluşturmuştur.[94] Yukarıda da değinildiği üzere Marksizm, kapitalist üretim ilişkilerinden kaynaklı sömürü sistemine büyük bir vurgu yapmakta ve devlet-hukuk-sosyal ilişkiler üçgeninde kurucu öğenin ekonomik ilişkiler olduğunu ileri sürmektedir. Bu yaklaşımın uluslararası ilişkilere de uygulanmaması için herhangi bir sebep bulunmamaktadır, zira bir ülke içerisindeki ekonomik faaliyetler ve bu faaliyetleri yürüten aktörlerin iz düşümleri uluslararası arenada da karşımıza çıkmaktadır. Örneğin Marksist yaklaşımda, sosyalist devrimden önceki bir ülkede üretim güçleri bir tarafta sömüren sınıf (üretim araçlarını elinde tutan burjuva kapitalist sınıf), bir tarafta sömürülen sınıf (proletarya) ve bir tarafta da bu sömürü düzeninin sürdürülmesinden sorumlu olan ve hukuku da bu anlamda araçsallaştıran yönetici sınıftan (devlet) ibarettir. Uluslararası ilişkilerde ise bu aktörler, üretim güçlerini yoğun şekilde ellerinde toplamış burjuva sınıfının hakimiyetindeki güçlü devletler (sömüren sınıf), emperyalist güçlerin ürettikleri mallar için pazar ve hammadde tedarikçisi olan zayıf ülkeler (sömürülen sınıf) ve son olarak bu sömürü düzeninin devamını sağlayan -özellikle finansal- uluslararası kuruluşlardır. Belirtmek gerekir ki bu sonuncusu, emperyalist güçlerin hakimiyetinde oluşturulan bir uluslararası hukukun çıktılarıdır.

Bu anlamda uluslararası ekonomik düzenin işleyişi uluslararası hukukun Marksist yorumu için merkezi bir konumdadır.[95] Knox'a göre de Marksist yazarların uluslararası hukukla kurduğu bağlantı, uluslararası hukukun emperyalist güçlerin birbirleriyle olan mücadeleleri ve sömürgeci baskının bir nevi aracı olarak görülmesinden kaynaklanmaktadır.[96] Bu bağlamda Marksist uluslararası hukuk teorisinin hareket noktası emperyalizmdir.[97] Ayrıca

---

93 CARTY Anthony, "Marxism and International Law: Perspectives for the American (Twenty-First) Century?", **International Law on the Left: Re-examining Marxist Legacies**, (Ed. Susan Marks), Cambridge University Press, Cambridge, 2008, s. 169.

94 MARKS Susan, **International Law on the Left: Re-examining Marxist Legacies**, Cambridge University Press, Cambridge, 2008 s. 2.

95 **KNOX**, 2016a, s. 312.

96 Ibid., s. 7.

97 KNOX Robert, **A Critical Examination of the Concept of Imperialism in Marxist and Third World Approaches to International Law,** Yayınlanmamış Doktora Tezi, London, London School of Economics Department of Law, 2014, s. 177.

bu bakışa göre emperyalizm, uluslararası hukuk aracılığıyla emperyalist bir sınıf ilişkisi yaratmaktadır.[98] Bu temel nokta açısından ise Marksistler uluslararası hukuk ve emperyalizm arasındaki ilişkiyi anlamakta ideoloji kavramına yer vermektedirler.[99] 1980'lerde popülerlik kazanan küreselleşme ve uluslararası piyasa kavramları, uluslararası hukukun Marksist bakış açısını da harekete geçirmiştir. Tartışmalar elle tutulur bir sonuca ulaşmasa da "uluslararası devlet" yaklaşımından hareketle bu süreç Marksizmin uluslararası hukuk gündemine dahil olduğu bir dönem olmuştur.[100]

İkinci Dünya Savaşı sonrasındaki genel eğilim, uluslararası hukukun evrenselleştirilmesi olmuştur. Bu dönemde uluslararası hukukun evrensellik meşruiyeti çeşitli illüzyonlar üzerinden pazarlanmıştır. Birincisi tüm devletlerin egemen olarak eşit birimler olduğu fikri Birleşmiş Milletler (BM) Şartı gibi temel metinlerde benimsenmiş, ancak bunun aksine pek çok uygulama kurumsal bir hale gelmiştir. Örneğin BM Güvenlik Konseyi'nin veto yetkisine sahip beş daimî üyesi, diğer devletlerin kendileriyle egemen eşit birimler olmadıklarını her kararda uluslararası toplumun yüzüne vurmaktadır. Ayrıca güçlü devletler, daha zayıf devletlerin içişlerine türlü nedenlerle ve çoğu zaman kendi menfaatlerini koruyacak şekilde müdahil olmaktadır. Örneğin ABD, Venezüella gibi ülkelerde -bazen isabetli şekilde- insan hakları savunuculuğu yaparken, İsrail ve Suudi Arabistan gibi Venezüella'yı bu kulvarda geride bırakacak ülkelerle gayet yakın ilişkiler kurmaktadır.

Uluslararası hukuktaki egemen eşitlik illüzyonu, katılımcılık illüzyonu olarak adlandırılabilecek bir başka yanılgıyı da beraberinde getirmektedir. Bu anlamda devletler egemen olarak eşit oldukları için uluslararası hukuk kurallarının oluşumuna da eşit seviyede katılmakta ve teorik olarak da eşit katılımla oluşturulan kurallara uymak gibi bir ödevi yüklenmektedirler. Ancak örneğin uluslararası teamül hukuku kurallarının oluşumunda gerekli olan istikrarlı devlet uygulamaları ve bu uygulamaların hukuk kuralı olduğuna dair inancın (*opinio juris*) varlığının tespiti için ilk aşamada bakılacak devletler güçlü kapitalist devletler mi yoksa zayıf Üçüncü Dünya ülkeleri mi olacaktır? İyi niyetli bir spekülasyon olarak söylenebilir ki uluslararası hukukçu, Doğu Afrika Topluluğu veya Batı Afrika Devletleri Ekonomik Topluluğu'nun üyelerinden çok daha önce BM Güvenlik Konseyi daimî üyeleri-

98 Ibid., s. 192.

99 Ibid., s. 188.

100 **MIÉVILLE**, 2005, s. 62.

ni inceleyecektir. Bu inceleme, modern uluslararası hukukun "uluslararası toplumu" hangi ölçüde temsil ettiği sorusunun sorulmasını gerekli kılmaktadır.

İkinci Dünya Savaşı sonrasındaki uluslararası hukukun evrenselleşmesi döneminde, Sovyet hukukunun bu eğilimin bir takipçisi olduğunu söylemek doğru olmayacaktır. Sovyet hukuk sisteminin bir özelliği, sosyalist ülkeler ile sosyalist olmayan ülkeler arasında uluslararası hukuku farklı şekilde algılayan ve uygulayan bir dikotomi yaratmasıdır. Bu dikotomi de hem uluslararası hukukun evrenselleştirilmesinde hem de sosyalist ülkelerin diğer ülkelerle uluslararası hukuk paydasında buluşmasında sorunlar meydana getirmiştir.[101] Sovyet hukukunun bir diğer özelliği de kaynağını teamüller ve anlaşmalardan almasıdır. Ancak bu iki kaynak arasında teamüller, anlaşmalara kıyasla daha az önemli görülmektedir zira teamül burjuva devletinin bir özelliği olarak değerlendirilmektedir.

Belirtilmelidir ki teamül hukukunun yazılı olmama niteliği de hukukun anlamını ve kapsamını belirsiz yapması sebebiyle Sovyet sistemi içerisinde arka planda kalmıştır.[102] Sovyet hukuku bu noktada belirsizliğe karşı bir tavır takınsa da Erickson'a göre, bir paradoks olarak yarattığı ve savunduğu iki temel belirsizlik konusu vardır. Birincisi, Sovyet hukukçular bir kuralın bağlayıcılık kazanmasını hukukun genel bir prensibi olarak görmektedirler. Ancak hukukun genel prensibi, uluslararası hukukun kaynağı değildir. Bu prensibin de bağlayıcı olması için ancak ve ancak teamül veya anlaşmalara dayanması gerekmektedir. Bu doğrultuda, genel prensibin teamül yoluyla mı yoksa uluslararası anlaşmalar yoluyla mı hukukun kaynağı olacağı konusunda belirsizlik bulunmaktadır. İkinci belirsizlik ise, tartışılabilir olmakla beraber, Sovyet hukukçuların bir hukuk kuralının kaynağının BM Şartı olabileceğini ifade etmesiyle ortaya çıkmaktadır. Burada tartışılabilir olan konu, BM Şartı'nın teamül hukuku mu yoksa anlaşma hukuku mu kapsamında değerlendirileceğidir. Bu doğrultuda hukuk kuralının kaynağı, Sovyet hukukunda yine belirsiz kalmaktadır.[103]

---

[101] PECHOTA Vratislav / D'AMATO Anthony A. / HIGGINS Rosalyn, "The Contemporary Marxist Theory of International Law", **Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)**, C. 75, 1981, s. 154.

[102] ERICKSON Richard, "Soviet Theory of the Legal Nature of Customary International Law", **Case Western Reserve Journal of International Law,** C. 7, S. 2, 1975, ss. 150-51.

[103] Ibid., s., 152.

Marksist-Leninist bir temele oturan Ekim Devrimi, tıpkı genel hukuk teorisinde olduğu gibi uluslararası hukuk alanında da Marksist-Leninist çizgilerle çizilmiş yeni bir sayfa açmıştır.[104] Temel aktörü devlet olan uluslararası hukuk[105] ve yeni Sovyet düzeninin yasal ilkeleri, hiç şüphesiz ki Sovyet sisteminin sınıf temelli yapısından, sosyalist rejimden ve işçi sınıfından etkilenmiştir. Erickson'ın da işaret ettiği gibi Sovyet sistemi, self-determinasyon, barış içinde bir arada yaşama ve anlaşmaların eşit şartlarda yapılması gibi uluslararası hukuk prensipleri üzerinde ısrarcı olmuştur.[106] Temel olarak Tunkin tarafından üç şekilde ifade edilen bu ilkeler şöyle sıralanabilir: i-) sosyalist devletler arasında uygulanacak sosyalist enternasyonal ilkeler, ii-) eşitlik ve self-determinasyon ilkeleri, iii-) özellikle farklı yönetim sistemleri olan devletlerle uyum içinde bir arada var olma. Bu ilkeler, Tunkin'e göre Sovyet dönemiyle oluşturulmaya başlanan yeni Marksist uluslararası hukukun temelini oluşturmuştur.[107]

Sosyalist enternasyonalizm ilkesi, basit bir ifadeyle tüm sosyalist ülkelerdeki işçi grupların iş birliğini, barışını ve uyumunu içerir. Proleter enternasyonalizm[108] olarak da adlandırılan bu ilke, Sovyet uluslararası hukukunu oldukça derinden etkilemiştir. SSCB, uluslararası ilişkilerde her zaman bu ilkeyi gözeterek hareket etmiş, yeri geldiğinde bu ilkeden doğan sorumluluklarını uygulamış yeri geldiğinde ise bu ilke kapsamında destek beklemiştir. Bu ilkenin uygulanmasında sosyalist ülkelerle imzalanan uluslararası anlaşmalar ve bildiriler ile bu ülkelerdeki işçi partileri arasında yapılan düzenlemeler yer almıştır.[109]

Benzer şekilde self-determinasyon ilkesi de Marksist uluslararası hukuka bakışın kuruluşu aşamasında temel bir prensip olarak görülmüştür. Marksist-Leninist temelden bakıldığında her topluluğun, özellikle sınıf temelli ilişkiler sebebiyle, self-determinasyon hakkı olmalıdır. Bu ilkenin evrensel yorumu, SSCB'de Barış Kararnamesi[110] ile resmi olarak bu ilkeden bahsedilmesini ve

---

104 TUNKIN Grigory I., **Theory of International Law**, (çev. William E. Butler), Harvard University Press, Cambridge, 1974b, s. 433.

105 CHIMNI B. S., "An Outline of a Marxist Course on Public International Law", **International Law on the Left: Re-examining Marxist Legacies**, (Ed. Susan Marks), Cambridge University Press, Cambridge, 2008, s. 57.

106 **ERICKSON**, 1975, s. 151.

107 **TUNKIN**, 1974, ss. 3-4.

108 Ibid., s. 431.

109 Ibid., ss. 6, 432, 433.

110 Barış Kararnamesi için bkz. PEELING Siobhan, "Decree on Peace", **1914-1918-Online International Encyclopedia of the First World War**, Freie Universität Berlin, Berlin, 2014, http://encyclopedia.1914-1918-online.net/article/decree_on_peace/2014-12-19 (Erişim Tarihi: 27.12.2020).

kabul edilmesini sağlamıştır. SSCB ve Lenin, self-determinasyonu uluslararası ve evrensel bir norm olarak görmüş ve bu yönde hareket etmiş, uluslararası hukuku ve diplomasiyi de bu doğrultuda kullanmak için çabalamıştır.[111] Öyle ki bu çabalar arasında ülkelerle imzaladığı anlaşmalarda bu prensibi de anlaşma konusu etmek gibi durumların varlığı sayılmalıdır.[112] Dahası BM'nin kurucu anlaşmasının müzakere edildiği San Francisco Konferansı görüşmeleri sırasında self-determinasyonun ilkesinin BM Şartı'nda yer alması için en fazla girişimde bulunan ülke de yine SSCB olmuştur.[113]

Uyum içinde bir arada var olma prensibi, özellikle diğer devlet sistemlerinin var olduğu bir dünyada SSCB'nin varlığını sürdürebilmesi için benimsenmiş bir ilke olarak yorumlanabilir. Nitekim Lenin de kapitalistlerle aynı dünyada yaşamak istemeyen bir Sovyetin aya gitmesi gerektiğini söylerken buna işaret etmiştir.[114] Bu kapsamda kuvvet kullanmama, sorunları barışçıl yolla çözme, müdahale etmeme, egemenliğe saygı duyma ve iş birliği hem SSCB dış politikasının hem de Sovyet uluslararası hukukunun bazı önemli ilkeleri olmuştur.[115]

Yalvaç ve Miéville'ın da belirttikleri gibi uluslararası hukuk alanında Marksist yoruma ilişkin doktrinsel çalışma sayısı oldukça sınırlıdır. Bu sınırlı çalışmalarda da uluslararası hukuk, ekonomik altyapının üstyapısı olarak sınıflandırılmıştır.[116] Yine de Marksist teori üzerinden uluslararası hukuka yorum yapılamayacağını düşünmek yanlış bir tespit olacaktır. Korovin, Pashukanis, Tunkin, Chimni, Miéville, Susan Marks, Knox ve Yalvaç gibi yazarlar Marksist teorinin genel düşününden yola çıkarak bu alandaki boşluğu doldurmaya çalışmışlardır. Bu anlamda Korovin'in "sosyalist uluslararası hukuk" fikrini gündeme getiren ilk yazar olduğu bilinmektedir.[117] Uluslararası hukukta Sovyet teorisi

---

[111] **TUNKIN**, 1974, ss. 8-12.

[112] Bu konuda detaylar için bkz. Ibid.

[113] FISCH Jörg, **The Right of Self-Determination of Peoples: The Domestication of an Illusion**, (çev. Anita Mage, Cambridge University Press, New York, 2015, s. 191. ("Sovyetler Birliği'nin desteği olmasaydı, self-determinasyon konusunda böylesine net bir ifade kesinlikle ortaya çıkmazdı"); SUMMER James, **Peoples and International Law**, 2. bası, Brill Nijhoff, Leiden, 2014, s. 194; KIRDIM Şahin Eray / DEMİRKOL Atahan, "San Francisco Konferansı Görüşmeleri ve Birleşmiş Milletler Kararları Işığında Self-Determinasyon Kavramının İncelenmesi", **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** C. 25, S. 1, 2021, s. 397.

[114] **PECHOTA / D'AMATO / HIGGINS**, 1981, s. 153.

[115] Ibid., s. 153.

[116] **YALVAÇ**, 2011, s. 69; **MIÉVILLE**, 2005, s. 60.

[117] **MIÉVILLE**, 2005, s. 60.

olarak adlandırılabilecek bu düşünce, hiç şüphesiz ki Marksist-Leninist toplum yapısı yaklaşımından etkilenmiştir.[118] Ancak Korovin'in 1924 yılında yaptığı çalışması sistematik bir analize yer vermediğinden, sosyalist uluslararası hukuk 1930'lardan 1950'lere kadar bir süre daha gelişememiştir.[119]

Pashukanis ve Korovin, uluslararası hukuktan bahsederken bunun kaynağını iç hukuka bağlamaktadır. İç hukuk, şaşırtıcı olmayan şekilde, sınıf ilişkilerinin bir ürünü olarak ortaya çıkmaktadır.[120] Dahası, Pashukanis'e göre uluslararası hukukun özü, kapitalist devletler arasındaki çekişmelerde ve bunların koloniler ile proletarya üzerindeki egemenliklerini pratiğe dökmelerinde yatmaktadır. Yani uluslararası hukuk, kapitalist devletler arasında sermayeye dayalı yönetimin gücünü arttırmak için kullanılmaktadır.[121] Bu bağlamda Pashukanis, uluslararası hukuka bakışında daha önce aktarılan meta mübadelesi teorisi ve Lenin'in emperyalizm yaklaşımını bir araya getirmektedir. İç hukukun kapitalizmle birleşmesi, uluslararası hukukun tüm gücüyle ortaya çıkmasına neden olmuştur. Üretim ilişkilerinin sadece bireyler arasında değil, toplumlar ve topluluklar arasında da etkileşime neden olması bunun bir sebebi olarak yorumlanabilir.[122] Pashukanis'e göre uluslararası hukuk, meta mübadelesinin sebep olduğu birçok kurumu içinde barındırmaktadır. Dolayısıyla iç hukuk ve özel hukukun uluslararası hukuk üzerinde bir etkisi olduğu söylenebilir.[123] Nitekim iç hukukun kaynağının da Marksist teoride üretim ilişkileri olduğunu öne süren görüş hatırda tutulmalıdır. Pashukanis, uluslararası hukukun tanımında bilinçli veya bilinçsiz olarak burjuva tarafından sınıf etkeninin gizlendiğini ileri sürmektedir. Tam olarak kendi ifadesiyle "*modern uluslararası hukuk, kapitalist devletlerin dünyanın geri kalanı üzerindeki hakimiyeti için birbirleriyle aralarındaki mücadelenin yasal formudur*".[124]

---

[118] TUNKIN Grigory I., "The Contemporary Soviet Theory of International Law", **Current Legal Problems**, C. 31, S. 1, 1978, s. 177. Chimni'ye göre ise Sovyet kökenli bu yaklaşımın teorik temelleri, Marksizm ve Leninizmden ziyade Sovyet dış politikasının izlerini taşımaktaydı. **CHIMNI**, 1999, s. 337.

[119] **MIÉVILLE**, 2005, s. 60.

[120] HAZARD John N., "Cleansing Soviet International Law of Anti-Marxist Theories", **The American Journal of International Law**, C. 32, S. 2, 1938, s. 245.

[121] Ibid., ss. 245-246.

[122] **KNOX**, 2016a, s. 316.

[123] **YALVAÇ**, 2011, s. 75.

[124] PASHUKANIS Evgeny Bronislavovich, **Pashukanis: Selected Writings on Marxism and Law**, (Ed. Piers Beirne ve Robert Sharlet), (çev. Peter B. Maggs), Academic Press Inc., London, 1980, s. 169.

Yalvaç, Pashukanis'in uluslararası ilişkilere bakışındaki en önemli noktanın devleti ve hukuku oldukları gibi kabul etmeden önce tarihsel bağlamını ve bu bağlamda birbirleriyle olan ilişkilerini analiz etmek olduğunu söylemektedir.[125] Pashukanis'in yaklaşımında burjuva devletlerinin kurulmasıyla birlikte milletler hukuku, uluslararası hukuk olarak devletler arasındaki ilişkilere uygulanmıştır.[126] Pashukanis, uluslararası hukukun egemen devletler temelli yorumuyla birlikte egemenliğin olmadığı yerde uluslararası hukukun da olamayacağını vurgulamaktadır; çünkü uluslararası hukukun öznesi ortadan kalkmış olacaktır.[127] Bu anlamda nasıl ki iç hukuk sönümlenmelidir, uluslararası hukuk da devlet temelli sistemin sona ermesiyle sönümlenecektir.

1960'larla birlikte teorinin bayraktarlığını Grigory Tunkin üstlenmiştir.[128] Genel olarak denilebilir ki Tunkin'in uluslararası hukuka yorumu iki temel üzerine oturmuştur. Birincisi, proleter enternasyonalizm üzerine kurulu sosyalist hukuk, ikincisi barış içinde bir arada yaşama.[129] Bu bağlamda Tunkin ikili bir uluslararası hukuk yaklaşımı getirmektedir. Aynı sosyoekonomik yapıyı paylaşan devletler ile kurulacak bir sosyalist hukuk ve farklı sosyoekonomik yapıdaki devletlerle kurulacak bir genel uluslararası hukuk ilişkisi.[130] Tunkin, uluslararası hukukun kaynağına ilişkin de değerlendirme yapmaktadır. Yukarıda bahsedilen teamül ve anlaşmalar belirsizliğinin yanı sıra Tunkin, uluslararası hukukun uygulamalardan beslenmediğini ifade etmektedir. Tunkin'e göre uygulamalar her ne kadar uzun süreli olursa olsun uluslararası hukuk kuralları olamazlar.[131] Bu itibarla uluslararası teamül hukukunu uluslararası hukukun kaynağı olarak göstermek hem yanıltıcı hem de sömürücüdür; zira nihayetinde uluslararası teamül hukukunu da uluslararası ilişkilerde en çok sözü geçen yapmaktadır. Pashukanis'e benzer şekilde Tunkin de uluslararası hukuku egemen devletler arasındaki ilişkiler olarak görenlerdendir. Tunkin'e göre egemen devletler, uluslararası hukukun pren-

---

125 **YALVAÇ**, 2011, ss. 74-75.

126 Ibid., s. 75.

127 **MIÉVILLE**, 2005, s. 74.

128 Ibid., s. 61.

129 CRUICKSHANK / KUBÁLKOVÁ, **Marxism and International Relations,** s. 175 aktaran Miéville, **MIÉVILLE**, 2005, s. 61.

130 TUNKIN, **International Law: A Textbook**, s. 250 aktaran **MIÉVILLE**, 2005, s. 61.

131 TUNKIN Grigory I., "The United Nations: 1945-1965 (Problems of International Law)", **Soviet Law and Government**, C. 4, S. 4, 1966, s. 7.

sipleri içerisinde eşit haklardan faydalanırlar. Ancak burada egemenlik kavramının kapsamı ve anlamı önemlidir. Tunkin, egemenliğin mutlak bir egemenlik olmadığını, zira bunun yeryüzünde mümkün olan bir egemenlik biçimine karşılık gelmediğini ve egemenliğin de ancak uluslararası hukuk tarafından tanımlanmış bir ölçüde kullanılabileceğini ileri sürmektedir.[132] Buradan hareketle denilebilir ki Tunkin de egemenliğin illüzyonist doğası üzerinde durmaktadır. Hangi siyasal birimin egemen -ve dolayısıyla da eşit haklara sahip- olduğunu belirleme tekelini elinde tutan gelişmiş kapitalist ülkeler, az gelişmişleri bu haktan yoksun kılmış, dolayısıyla da pozitivist hukuk çerçevesinde bu siyasal birimlerin özgürlüklerini dilediği gibi kısıtlamak konusunda herhangi bir kavramsal zorluk yaşamamıştır. Yine Pashukanis'e benzer şekilde Tunkin de uluslararası hukukun, tıpkı genel hukuka bakışta olduğu gibi, ekonomik yapının üzerine kurulmuş olan üstyapının bir parçası olduğunu belirtmektedir.[133]

Marksist uluslararası hukuk teorisi için bir diğer önemli isim de hiç şüphesiz ki Chimni'dir.[134] Chimni, burjuva tarzı uluslararası hukuk yazınını dört temel unsuruyla açıklamaktadır. İlk olarak bu yazın, devletler arasındaki ilişkileri düzenleyen kuralların formel ve teknik yönüne odaklanarak mekanik bir değerlendirme yapmakta ve sosyoekonomik yönünü göz ardı etmektedir. Böylelikle uluslararası hukukun tarihsel ve toplumsal bağlamını görmezden gelmektedir, ki bu bağlamda emperyalizmin kanlı tarihi kolayca bulunabilir. İkinci olarak devlet, burjuva hukuk yazınının varsayımına göre belirli çıkar grupları veya sınıfların üzerinde yapılanmış ve "ulusal çıkarları" gerçekleştirme görev ve yetkisiyle donatılmış anahtar konumdaki aygıttır. Bu anlamda Chimni'de uluslararası hukuk, devletlerin ve sınıfların üzerinde duran tarafsız bir enstrüman olarak tasvir edilmektedir. Üçüncüsü burjuva yazını, devletin tam egemenliği altında sürdürülen iç siyasal yaşam ile karşı konulamaz bir anarşi mantığıyla yönetilen dış siyaset arasında bir ayrılık olduğu varsayımına dayanmaktadır. Oysaki Marksist görüş, daha önce belirtildiği üzere iç hukukun uluslararası hukuka kaynak olduğunu öne sürmektedir. Dolayısıyla bu iki yapı arasında organik bir bağ vardır. Son olarak da burjuva yaklaşımında kapitalizmin uluslarüstü yapısı göz ardı edilmektedir. Böylece kapitalist dünya ekonomisinden bağımsız bir şekilde devletler arası

---

[132] TUNKIN Grigory I., "The Problem of Sovereignty and Organisation of European Security", **Belgian Review of International Law**, C. 10, 1974a, ss. 2-3.

[133] **TUNKIN**, 1974b, s. 232.

[134] **MIÉVILLE**, 2005, s. 64.

ilişkileri kurgulanamamaktadır.[135] Bu bağlamda Chimni, *Critical Marxist International Law Scholarship* (CMILS) olarak ifade ettiği yaklaşımda uluslararası hukukun kaynağı olarak tarihsel sosyoloji ve uluslararası politik ekonomiyi görmektedir çünkü değişen ve gelişen sosyal yapı ve dünya ekonomisi uluslararası hukuku etkilemektedir.[136]

CMILS, uluslararası hukuk konusunda bazı öneriler de getirmektedir. Bu önerilere göre müzakereci demokrasinin genişletilmesi ve kodifikasyonu gerekmektedir. Bu kapsamda müzakereci demokrasiyi geliştirmek için örneğin müzakere kurullarına hükümetler tarafından gönderilen temsilciler arasında alt sınıfların temsiliyeti sağlanmalıdır. İkinci olarak, insana dayalı bir sosyal etki değerlendirme sistemi kurulmalıdır. Bu sistemde anlaşmalar seçilmiş temsilciler tarafından görüşülmeli ve onaylanmalıdır. Üçüncü olarak CMILS, anlaşmaların uygulanmasında tam egemen olmayan ve bağımlı devletlere esneklik tanınmasını öngörmektedir. Bu esneklik kapsamında örneğin tam egemen olmayan ve bağımlı devletler anlaşmaların alt sınıfların menfaatini koruyacak şekilde uygulanmasını gözetmelidir. Böylelikle, örneğin Dünya Ticaret Örgütü uygulamalarının aksine, bir üst kuruluş tarafından dayatılan tek tip bir uygulama modeli yerine ulusal ölçekte ve alt sınıfların çıkarına dayalı bir model uygulanabilmelidir. Dördüncü olarak, CMILS yaklaşımına göre uluslararası teamül hukukunun kuralları açıklığa kavuşturulmalı ve geliştirilmelidir.[137] Chimni, Marksist hukuku ele alırken çağdaş uluslararası hukukun eleştirisini yapmaktadır. Ona göre çağdaş uluslararası hukuk, devletler arasındaki ve devlet olmayan yapılar arasındaki ilişkileri düzenleyen ve bu ilişkileri düzenlerken de belirli sınıf ilişkileri ortaya çıkartan bir yapıdır. Bu bağlamda çağdaş uluslararası hukuk, bir burjuva emperyalist hukukudur.[138] Burjuva emperyalist hukuk anlayışı, küreselleşme ile birlikte daha önceki burjuva demokratik hukuk yaklaşımının evrilmesiyle ortaya çıkmıştır. Her açıdan burjuva hukuku olarak görülen uluslararası hukukun Chimni'ye göre kökenini kolonyalizmden aldığı kabulü de şaşırtıcı olmayan bir durumdur.[139]

---

135 **CHIMNI**, 1999, s. 337.

136 **CHIMNI**, 2008, s. 66.

137 CHIMNI B. S., "An Outline of a Marxist Course on Public International Law", **Leiden Journal of International Law**, C. 17, S. 1, 2004, ss. 13-14.

138 CHIMNI B. S., "Prolegomena to a Class Approach to International Law", **European Journal of International Law**, C. 21, S. 1, 2010, s. 74.

139 **CHIMNI**, 2004, s. 7.

Bu bağlamda denilebilir ki uluslararası hukuk, tıpkı genel olarak hukukta olduğu gibi eşitsizlikler üzerine kurulmuştur. Genel hukukun bireyler ve sınıflar arasındaki eşitsizlikten temel alan hegemonik doğası, uluslararası hukukta da eşit olmayan devletler arasındaki hegemonya ilişkisinden doğmaktadır.[140] Burada vurgulanmalıdır ki özellikle Sovyet uluslararası hukuk bakışında devlet egemenliği temel noktadır, öyle ki Miéville göre, uluslararası hukukun kaynağı egemen ve bağımsız devletlerdir.[141] Bir diğer açıdan Tunkin ise yasal düzlemde devletleri eşit ve egemen olarak görmektedir. Tunkin'e göre eşit-egemen devletlerin olduğu bir yasal düzlemde ise, egemen devletlerin rızasına dayanmayan bir hukuk kuralı koyulması mümkün değildir.[142] Uluslararası hukukun bir diğer özelliği de yukarıda bahsedildiği gibi sınıf temelli olmasıdır. Hukukun sosyalist mi yoksa kapitalist mi olacağı bu kapsamda yöneten sınıfa bağlıdır.[143] Yöneten sınıfın yapısı, hukukun niteliğini de bu kapsamda belirlemektedir. Dolayısıyla kapitalist bir düzende sosyalist uluslararası hukuku veya tam tersini beklemek mümkün değildir.

Marksist uluslararası hukuk alanında güncel teorisyenler arasında önemli bir isim de China Miéville'dır. Miéville, uluslararası hukukun belirsiz olduğunu ve ilerlemeci toplumsal değişimin önünde bir engel olduğunu ifade eder.[144] Dahası Miéville'a göre, uluslararası hukukun ana öğesi ulus-devletlerdir ve ancak sadece emperyalist devletler hukuk alanında argümanlarını destekleyecek ve bunları sistematik kurallar haline getirebilecek kadar güçlüdürler.[145] Miéville, bu argümanlarını geliştirirken aynı zamanda Sovyet uluslararası hukuk düşününü de eleştirmektedir. Ona göre Sovyet hukukçular, teorileştirilmemiş bir sosyalist uluslararası hukuk savının arkasında burjuva hukukundan çok da farklı bir şey yapmamışlardır. Miéville bu görüşünü bir adım daha ileri götürerek, Sovyet Marksizminin uluslararası hukuka neredeyse hiçbir şey katmadığını ve bu konuda bakılması gereken yerin diğer Marksist yaklaşımlar olduğunu ileri sürmüştür.[146] Bu noktada Miéville'ın

---

[140] **YALVAÇ**, 2011, s. 75.

[141] **PECHOTA / D'AMATO / HIGGINS**, 1981, s. 151; KNOX Robert, "Marxism, International Law, and Political Strategy", **Leiden Journal of International Law**, C. 22, S. 3, 2009, s. 417.

[142] **PECHOTA / D'AMATO / HIGGINS**, 1981, s. 152.

[143] Ibid., s. 150.

[144] **KNOX**, 2009, s. 417.

[145] Ibid., s. 418.

[146] **MIÉVILLE**, 2005, s. 62.

kendisini en çok Pashukanis'e yakın gördüğü belirtilmelidir.[147] Nitekim Sovyet sosyalizminin uluslararası hukuka bir katkısı olmadığını savunan Miéville ile sosyalist bir hukuk düzeni olamayacağını savunan Pashukanis bu kapsamda ortak noktada buluşmaktadır.

Miéville, görece güncel bir yazar olarak sosyalist/Marksist uluslararası hukukun oluşumunda ve teorileştirilmesinde küreselleşme ve Soğuk Savaş sonrası yakınlaşma gibi etkileri de görebilmiştir.[148] Şüphesiz ki özellikle Soğuk Savaş'ın bitişi uluslararası hukukun gelişiminde önemli bir nokta olarak karşımıza çıkmaktadır, zira Soğuk Savaş sonrasında küreselleşme hızını arttırmış, kapitalist değerler tüm dünyada egemen olmuş ve emperyalist uluslararası hukukun evrenselleşme süreci hızlanmıştır. Küreselleşme ile 1980'lerden sonra devletler arası ilişkilerin yoğunlaşmaya başlaması, bunların düzenlenmesine ve kurallar silsilesinin daha geniş kapsamda oluşturulmasına yönelik bir ihtiyaç doğurmuştur. Miéville'a göre uluslararası hukuk, sadece gerçek ve hakiki olan hukuk değil aynı zamanda hukukun en saf halidir. Bu yaklaşım, Miéville'ın en özgün katkılarından birisi olarak görülmektedir.[149] Dahası, Miéville için uluslararası hukuk cebri bir hukuk alanıdır. Bu kapsamda her ne kadar bir polis veya kolluk gücü olmasa da cebir ulusdevletlerin politik araçları yoluyla uygulanmaktadır. Freedman'ın tam ifadesiyle "*uluslararası hukuk uluslararası cebirdir. Yani uluslararası hukuk, savaş ve emperyalizm ile derin bir şekilde iç içe geçmiştir*".[150] Bu düşüncelerden yola çıkarak Miéville, örneğin Haiti müdahalesini eleştirmiştir. Haiti'de 1991 yılında yapılan bir askeri darbe sonucunda ülkenin seçilmiş başkanı Jean-Bertrand Aristide devrilmiş ve yerine askeri bir rejim kurulmuştur. BM Güvenlik Konseyi'nin 1994 tarih ve 940 sayılı ile gerçekleştirilen müdahale sonucunda askeri rejim ortadan kaldırılmıştır.[151] Miéville'in yorumuna göre Haiti müdahalesi, uluslararası hukukun güçlü emperyalist devletler tarafından kendi çıkarları doğrultusunda kullanıldığı örnek bir olay olarak görülmelidir.[152]

---

147 **FREEDMAN**, 2006, s. 26.

148 **MIÉVILLE**, 2005, s. 62.

149 **FREEDMAN**, 2006, s. 30.

150 Ibid.

151 FALK Richard, "The Haiti Intervention: A Dangerous World Order Precedent for the United Nations", **Harvard International Law Journal,** C. 26, S. 2, 1995, s. 344.

152 KNOX Robert, "Valuing Race? Stretched Marxism and the Logic of Imperialism", **London Review of International Law**, C. 4, S. 1, 2016b, s. 82.

Uluslararası hukukun Marksist yorumu için bakılması gereken son yazar da Robert Knox'dur. Knox'un ifadesine göre Marksist uluslararası hukukun gelişimi 1990'lar ve 2000'leri bulmaktadır.[153] Knox da birçok yazar gibi Marksist hukuk alanının yazında oldukça boş bırakıldığını ifade etmektedir. Nitekim bir alanın Marksist olarak yorumlanması da her zaman kolay bir durum değildir. Bu zorluk içerisinde, sadece Marx ve Engels'in sözlerinden ve yorumlarından ibaret olmayan Marksist yaklaşım, yeni temsilcileri aracılığıyla hukuka dair söylemlerde bulunmuştur.[154] Knox'a göre Marksist uluslararası hukuk teorisi, basitçe uluslararası hukuk disiplinin bir iç meselesi olarak algılanamaz. Dahası Marksist uluslararası hukuk, Marksizmin geniş bir yorumunu gerektirmektedir.[155] Her ne kadar Marksizm'in genel yaklaşımında uluslararası hukuka bakış ekonomik temelli gibi gözükse de Knox'un vurgusuna göre, aslında bu konuda emperyalizm de önemli bir yer tutmaktadır. Pashukanis'ten de destek alan Knox, emperyalizm ve uluslararası hukuk arasındaki ilişkiye odaklanmıştır.[156] Marksizm açısından uluslararası hukuk, emperyalizmin ideolojik olarak bir tamamlayıcısıdır.[157] Bu anlamda uluslararası hukuk emperyalist ve kapitalist sömürünün demokratik meşrulaştırılmasında önemli bir rol oynamaktadır.[158] Bir diğer ifadeyle ideoloji, Marksist hukukun anlaşılmasında önemli bir parçadır.[159]

Knox'un değerlendirmesine göre Marksist yazarlar, uluslararası hukukun kolonyal bağımsızlık karşısında sermaye birikimini ve kapitalizmi desteklediği üç temel yol ve yöntem görmektedir: uluslararası ekonomik hukuk, askeri müdahaleler ve insancıllık.[160] Uluslararası ekonomik hukuk, kapitalizmin ve uluslararası sermaye güçlerinin lehine hareket etmekte ve bu yönde emperyalizmi desteklemektedir. Bunun en bariz örneği, Uluslararası Para Fonu ve Dünya Bankası örgütleriyle sermaye akışını ve Dünya Ticaret Örgütü ile de mal akışını kontrol eden emperyalist devletlerdir. Kurulmasında ABD'nin önemli katkıları olan bu örgütlerde, ABD -ve diğer gelişmiş kapitalist ülkeler- fiili veto yetkisini "dost" ve "dost olmayan" ülke sınıflandır-

153 **KNOX**, 2014, s. 177.
154 **KNOX**, 2016a, s. 306.
155 Ibid., s. 307.
156 **KNOX**, 2016b, s. 88.
157 Ibid., s. 91.
158 **KNOX**, 2016a, s. 321.
159 **KNOX**, 2014, s. 187.
160 **KNOX**, 2016b, ss. 96-97.

masına göre kullanmaktadır. Az gelişmiş ve gelişmekte olan ülkeler bu kurumlardan tamamen dışlanmıştır, ki bu örgütlerden yararlanmak isteyen her ülkeden siyasal, sosyal ve kültürel bir takım "kriterlere" uyması beklenmektedir. Askeri müdahaleler ise, Knox'a göre, emperyalizmin bir diğer ürünü olarak ortaya çıkmaktadır.[161] Bu durum, Soğuk Savaş sonrası dönemde BM tarafından yetkilendirilmiş insani müdahaleler incelendiğinde açık şekilde görülecektir.[162] Güvenlik Konseyi'nin daimî üyeleri bu müdahalelerde açık şekilde ulusal çıkar politikaları izlemiştir. Son olarak insancıllık, Knox'un aktarımıyla Susan Marks'ın da ifade ettiği gibi,[163] insan hakları çerçevesinde birçok askeri olmayan müdahaleyi de gündeme getirmiş ve uygulatmıştır. Bu kapsamda insan hakları çerçevesinde yapılan askeri olmayan bu müdahaleler, toplumları kapitalist sermaye birikimine hazırlamıştır.[164] Nitekim Knox uluslararası hukukun sermaye birikiminin önemli unsurlarından birisi olduğunu da söylemektedir.[165] Buna örnek olarak Knox da Miéville gibi Haiti örneğini ele almaktadır. Haiti müdahalesi, Knox'a göre emperyalist karakterli bir müdahale olmakla birlikte sermaye birikiminin sağlanmasını garanti altına almayı da amaçlamıştır.[166] Böylece Marksistlere göre güç kullanımına ilişkin hukukun da emperyalizmin bir uygulama alanı olduğu ileri sürülebilir.[167]

Kısacası Knox'un değerlendirmesine göre Marksist yazın ve uluslararası hukuk arasındaki ilişki, hukukun emperyalizm ve kapitalizmle olan bağlantısı üzerinden kurulmaktadır. Bu ilişki, uluslararası hukukun emperyalist sosyal ilişkiler düzenini beslemesinden ileri gelmektedir çünkü uluslararası hukuk, sınıf çatışmasını da destekleyen bir yapıdır. Emperyalizmin sermaye birikimi olarak algılandığı bir düzlemde, Knox'a göre, uluslararası hukukun emperyalizm bağlantısı irdelenmelidir. Bu bağlantıda uluslararası hukukun sermaye birikimine olan katkısı da göz önünde bulundurulmalıdır.[168]

---

[161] KNOX Robert, "Civilizing Interventions? Race, War and International Law", **Cambridge Review of International Affairs**, C. 26, S. 1, 2013, s. 111.

[162] KIRDIM Şahin Eray, "A Neo-Realist Case Study of U.N.-Authorized Humanitarian Interventions in the Post-Cold War World", **Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi,** C. 19, S. 2, 2017, ss. 615-632.

[163] **KNOX**, 2016b, s. 94.

[164] Ibid., ss. 97-98.

[165] **KNOX**, 2014, s. 195.

[166] Ibid., s. 208.

[167] Ibid., s. 212.

[168] Ibid., s. 213.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Hukuku devlet üzerinden tanımlamak yerine, devleti ve diğer iktidar ilişkilerini yaratan bir "momentum" üzerinden tanımlamak daha doğru olacaktır. Hukuku devlet üzerinden tanımlamaktan kastımız, hukukun yalnızca devlet tarafından ortaya konulan kural ve kurumlar bütünü olduğudur. Şüphesizdir ki modern toplumlarda devlet, hukuk kurallarının baş inşacısıdır. Peki öyleyse devleti ve bu devletin üzerine bina edildiği toplumsal ilişkileri ortaya çıkaran tözün hukuk üzerindeki etkisi ne olacaktır? Bu soruya verilecek her cevaptan önce, toplumsal ilişkileri ortaya çıkaran tözün ne olduğu sorusunun cevaplanması gerekmektedir. Marksizme göre bu cevap toplumda var olan ekonomik ilişkilerdir. Marksist yazında altyapı-üstyapı metaforu üzerinden açıklanan bu durumda altyapı, ekonomik ilişkileri ve bu ilişkiler etrafında şekillenen üretim ilişkilerini oluşturan maddi unsurlara karşılık gelirken, toplumun manevi, siyasi, düşünsel dünyasını ve kurumlarını oluşturduğu ikinci grup unsurlar ise üstyapıyı oluşturmaktadır. Bu ilişkide altyapı, üstyapının belirleyicisi olmaktadır. Bu bağlamda her ne kadar Marksist yazında tartışmalı olsa da en azından Marx'a göre hukuk, altyapı tarafından belirlenen üstyapının bir parçasıdır. Bir başka ifadeyle hukuk, toplumsal yapıyı oluşturan üretim ilişkileri ve ekonomik düzenden bağımsız değildir. Dolayısıyla madde-düşünce belirlenmesinde, düşünceyi belirleyen madde olduğundan hukuk, toplumsal olanın -bir diğer ifadeyle toplumsal düzenin- bir ürünü olmaktadır. Başa dönecek olursak, hukuku yaratan özne siyasal iktidar olmakla birlikte, siyaseti ve siyasi ilişkileri belirleyen töz ekonomik ilişkilerdir. Burada siyaset, hukuk ile altyapı arasında köprü vazifesi görmektedir.

Marksist düşünceye göre kapitalist toplum ilişkilerinde bu töz, üretim araçlarını elinde bulunduran egemen sınıfın, ezilen sınıf üzerinde kurduğu hegemonik ilişkiden kaynaklanmaktadır. Bu açıdan hukuk da yöneten sınıfın, iktidarın, baskın grupların veya güçlü olanların elinde bir hegemonya aracına dönüşmektedir. Bu yönüyle düşünüldüğünde eşitsizlik ve sınıf temelli bir bakış açısı olan Marksizmin hukuk konusunda değerlendirmelerinin olmayacağını beklemek sürpriz olacaktır. Ancak bu gerçeğe rağmen Klasik Marksistler, bir hukuk teorisi oluşturacak seviyede değerlendirmelerde bulunmamışlardır. Marx, Engels ve Lenin'in anlatılarında hukuka ilişkin doğrudan teorik değerlendirmeler bulmak da oldukça güçleşmektedir. Ancak bunun doğal bir sebebi bulunmaktadır: hukuka yönelik negatif bakış. Klasik Markist teori, hukukun toplumsal adalet sağlama ve özgürlükleri garanti

altına alma iddiasını temelden reddeder. Marksist hukuk kuramı, hukuk fetişizmi eleştirisinde belirtildiği üzere, liberal siyasetin önemli kilit taşlarından biri olan hukukun üstünlüğü idealini de kabul etmemektedir. Marksist anlatıda hukuka ilişkin genel bir teori bulunamasa da Marksist hukuk kuramından yola çıkan birçok yaklaşım hukuka ilişkin değerlendirmeler yapmış ve altyapı-üstyapı, tarihsel materyalizm, ideoloji, hukuk fetişizmi gibi kavramlar Marksist hukuk tartışmalarının kavramsal zeminini oluşturmuştur.

SSCB'nin kuruluşuyla birlikte Marksist hukuk anlayışının pratiğe dökületeceği bir ortam oluşmuştur. Ancak bu dönemde bile tutarlı bir Marksist hukuk yaklaşımı görmek mümkün olmamıştır. Öyle ki SSCB içerisinde üç temel hukuk dönemi bulunmaktadır: i-) Pashukanis'in sönümlenmeci hukuk dönemi, ii-) Lenin'in NEP ile hukukun genişletilmesi dönemi, iii-) Stalin ile hukukun güçlendirilmesi dönemi. Bu üç dönem de hukuka ilişkin birbiriyle çatışan görüşler içermektedir. Yaklaşık 40 yıllık bir dönem içerisinde üç farklı hukuk bakışının bulunması da yegâne bir Marksist hukuk anlayışının oluşturulmasının zorluğunu göstermektedir, zira Marksizm kendi içerisinde birçok görüş ayrılığı, farklı bakış ve eleştiriler barındırmaktadır. Dahası, göreceli olarak kısa bir sürede üç farklı hukuk yaklaşımının uygulanmış olması da hukukun esasında bir enstrüman olarak kullanıldığı tezini güçlendirmektedir. Hukuk, SSCB'deki birinci döneminde, Marksist bakışa göre burjuva ilişkilerinin ve dolayısıyla meta mübadelesinin bir ürünü olarak ortaya çıkmaktadır. Pashukanis'in meta mübadelesi teorisi olarak bilinen bu yaklaşım, hukukun kaynağını burjuva düzeninde görmekte ve sosyalizmin kurulmasıyla meta mübadelesinin ortadan kalkacağını, bu doğrultuda da hukuk düzenine ihtiyaç kalmayacağını ifade etmektedir. Bu bağlamda hukukun devletle birlikte sönümlenmesi, Marksizmin hukuk teorisine eğilmemesinin sebeplerinden birisidir, zira ortadan kalkacağı varsayılan bir sistemi tartışmanın mantığı da yoktur.

SSCB'deki Marksist hukuk uygulamasında görülen ikinci dönem, Lenin'in NEP dönemidir. Bu dönemin özelliği, Lenin tarafından ilan edilen Yeni Ekonomi Politikası kapsamında burjuva tarzı ekonomik ilişkiler olmasa da üretimde bir ölçüde serbestleşmeye gidilmiş olması ve özel sektörün görece serbest bırakılmış olmasıdır. Pashukanis tarafından ağır bir şekilde burjuva hukuku dönemi olarak eleştirilen bu dönemde, meta mübadelesi teorisinde ve hukukun üstyapı olarak üretim biçimlerinin üzerinde şekillenmesi yaklaşımında açıklandığı gibi, hukuk alanında birçok gelişme ve düzenlemeler olmuştur. Bu düzenlemeler, hiç şüphesiz ki, yeni üretim biçimle-

rini destekleyecek ve onlardan doğan ihtiyaçları giderecek şekilde olmuştur. 1922-27 yılları arasında Medeni Hukuk, Toprak Hukuku, Ceza Hukuku, İş Hukuku ve Aile Hukuku gibi alanlarda yasal düzenlemeler bu dönemin ve dolayısıyla NEP dönemi üretim biçimlerinin sonuçları arasındadır.

SSCB'de üçüncü dönem hukuk uygulaması ise, Stalin'in iktidarı ile ortaya çıkmıştır. Stalin'in devletin sönümlenmesi için en güçlü devletin kurulması gerektiği tezi, Pashukanis'le bir dönem aynı görüşte olan Vyshsinsky'yi yeni hukuk modelinin mimarı olarak ortaya çıkartmıştır. Bu teze göre hukuk, devletin güçlenmesi için önemli bir araçtır ve Pashukanis'in sönümlenmeci iddiasının tam aksine daha da güçlendirilmelidir. Pashukanis'in kendi canına da mal olan Sovyet hukukunun olamayacağı çünkü Sovyet sisteminde burjuva kurumlarının sönümleneceği savunusu bu dönemde tamamen terk edilmiştir. Vyshinsky'ye göre hukuk, ancak bir sosyalist düzende tam gücüne kavuşabilirdi. Bu dönemde Stalin Anayasası olarak bilinen 1936 Anayasası'nın da kabulüyle resmen Sovyet hukukunda Stalinci dönem ete kemiğe bürünmüştür. Hatırda tutulmalıdır ki yukarıda yaptığımız tartışmada iktidar ve hukuk arasındaki ilişkiye vurgu yapılmıştı. Bu vurguda iktidarın hukuku kendi menfaatine kullanabileceği bir araç olarak gördüğü ifade edilmektedir. SSCB örneğinde de karşımıza çıkan iki temel hukuk tezi hukukun sönümleneceği ve dolayısıyla sosyalist bir hukukun olamayacağı ve hukukun sönümlenmek bir yana daha da güçlendirilmesi gerektiğidir. İki dönemde farklı liderlerin oluşu, Sovyet sisteminde de iktidarların hukuka farklı bakışının uygulamaları değiştirdiğinin göstergesidir. Stalin'in Lenin ile kıyaslandığında daha totaliter duruşu ve uygulamaları hukuka bakışına da sirayet etmiş, güçlü bir devlet için güçlü bir hukuk düzeni kurmak istemiştir. Söylenebilir ki hukukun iktidara bir araç olarak kullanılması yönetim biçimleriyle ve ideolojiyle alakalı değil, bizatihi hukukun varlığıyla alakalıdır. Ne ki hukuk ve iktidar yanyanadır, iktidar hukuka el atmaktadır.

Marksizmin devlet-hukuk-toplumsal ilişkiler üçgeninde ekonomik ilişkileri kurucu töz olarak görmesinin yansıması, uluslararası hukukun Marksist yorumunda da büyük ölçüde geçerlidir. Nasıl ki iç hukuk toplumdaki egemen sınıf tarafından belirleniyorsa, uluslararası hukuk da emperyalist güçlerin hakimiyetinde oluşmaktadır. Bu bağlamda Marksist uluslararası hukuk teorisinin hareket noktası emperyalizmdir; emperyalist güçler uluslararası ekonomik düzenin inşacıları olarak, uluslararası ilişkilerde eşitsiz bir yapıya sebebiyet vermektedir. 1980'lerden sonra hızlanan küreselleşme sü-

reci ve uluslararası piyasa kavramları, uluslararası hukukun Marksist bakış açısını da harekete geçirmiş ve neo-Marksistlerin bu alanda çalışmalar yapmasına vesile olmuştur.

Marksist yazının hemen hemen tüm alanlarında genel olarak gözlenen oldukça heterojen yapı ve farklı bakış açıları uluslararası hukukun Marksist yazınında istisna değildir. Buna karşın Marksist uluslararası hukuk, yukarıda verilen doktrin değerlendirildiğinde birkaç temel özelliğe sahiptir. Bunlar arasında sayılması gerekenler emperyalizmle olan ilişkisi, sermaye birikimine olan katkısı, ideolojik yansıması ve sınıf çatışmasını destekleyen yapısı sayılabilir. Bu düzlemde değerlendirildiğinde Marksist uluslararası hukuk, genel Marksist teoriden uzak değildir. Devletin ve hukukun sönümleneceği iddiasından ileri gelen erken dönem Sovyet hukuk teorisi, çağdaş dönem Marksist yazarlar tarafından artık hukukun sönümleneceği bir sosyalist veya Marksist sistem kalmadığından terk edilmiştir. Bunun yerine yeni dönem (veya "neo") Marksist teorisyenler, Marksizmin genel hatlarından yorumla uluslararası hukuka bir bakış getirmişlerdir. Bu bağlamda da uluslararası hukuk, özellikle egemenliğe ve eşitliğe bir tehdit olarak algılanmaktadır. Güçlünün güçsüze tahakkümü olarak yorumlanabilecek uluslararası hukuk, Marksist bakışta bu yönüyle sınıfsal ilişkileri devam ettirmektedir. Yöneten ve yönetilen, hükmeden ve ezilen, güçlü ve güçsüz, kapitalist ve proleter gibi sınıfları yaşatan bu sistem, hiç şüphesiz ki sermaye birikiminden ve kolonyalizmden ileri gelmektedir. Uluslararası hukukun düzenlemeleri bu anlamda Marksist bakıştan yorumlandığında, çok uluslu şirketlerin ve ulusötesi yapıların menfaatlerine hizmet etmektedir. Uluslararası hukuk, insani müdahale ve askeri müdahale kavramlarıyla da emperyalist ve kolonyal niteliğini devam ettirmektedir. Bu kapsamda değerlendirildiğinde Marksizm, herhangi bir metodoloji, felsefe, öğreti hatta akım önerisi bile getirmemekte, bu nedenle de genel hatları belli dört başı mamur bir uluslararası hukuk teorisi sunmamaktadır. Ancak uluslararası hukukun nasıl ve neden sistematik ve yapısal olarak suistimal edildiğine dair çağdaş bir açıklama getirmektedir. Bu anlamda uluslararası hukukun Marksist bir teorisi yerine, uluslararası hukukun Marksist bir eleştirisinden bahsetmek daha doğru olacaktır.

KAYNAKÇA

AKHTAR Zia, "Law, Marxism and the State", **International Journal for the Semiotics of Law - Revue Internationale de Sémiotique Juridique**, C. 28, S. 3, 2015, ss. 661-685.

BINNS Peter, "Law and Marxism", **Capital & Class**, C. 4, S. 1, 1980, ss. 100-113.

CAIN Maureen / HUNT Alan, **Marx and Engels on Law**, Academic Press Inc., London, 1979.

CARTY Anthony, "Marxism and International Law: Perspectives for the American (Twenty-First) Century?", **International Law on the Left: Re-examining Marxist Legacies**, (Ed. Susan Marks), Cambridge University Press, Cambridge, 2008, ss. 169-198.

CHIMNI B. S., "An Outline of a Marxist Course on Public International Law", **Leiden Journal of International Law**, C. 17, S. 1, 2004, ss. 1-30.

CHIMNI B. S., "An Outline of a Marxist Course on Public International Law", **International Law on the Left: Re-examining Marxist Legacies**, (Ed. Susan Marks), Cambridge University Press, Cambridge, 2008, ss. 53-91.

CHIMNI B. S., "Marxism and International Law: A Contemporary Analysis", **Economic and Political Weekly**, C. 34, S. 6, 1999, ss. 337-349.

CHIMNI B. S., "Prolegomena to a Class Approach to International Law", **European Journal of International Law**, C. 21, S. 1, 2010, ss. 57-82.

COLLINS Hugh, **Marksizm ve Hukuk**, (çev. Umre Deniz Tuna), 1. bası, Dipnot Yayınları, Ankara, 2013.

COTTERRELL Roger B. M. "Review of Pashukanis: Selected Writings on Marxism and Law", **British Journal of Law and Society,** C. 7, S. 2, 1980, ss. 317-321.

ÇELEBİ Hürkan / ÖZDEMİR Ali Murat, "Uluslararası Hukukta Eleştirel Yaklaşımlar", **Uluslararası İlişkiler**, C. 7, S. 25, 2010, ss. 69-89.

DEMİRLİ Aynur / ÖZDEMİR Ali Murat, "Uluslararası Hukuku Dönemselleştirmek: Pozitivist Söylem ve Ötesi", **Uluslararası İlişkiler Dergisi,** C. 16, S. 63, 2019, ss. 51-67.

DURSUN Hasan, "(Marksist Kuram Açısından) Kapitalist Düzende İdare Hukuku ve Kuramın Görüşlerinin Bu Hukuka Yansımaları Konusunda Türkiye'den Bir Örnek", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, C. 30, S. 131, 2017, ss. 115-78.

ERICKSON Richard, "Soviet Theory of the Legal Nature of Customary International Law", **Case Western Reserve Journal of International Law,** C. 7, S. 2, 1975, ss. 148-168.

FALK Richard, "The Haiti Intervention: A Dangerous World Order Precedent for the United Nations", **Harvard International Law Journal,** C. 26, S. 2, 1995, ss. 341-358.

FISCH Jörg, **The Right of Self-Determination of Peoples: The Domestication of an Illusion**, (çev. Anita Mage, Cambridge University Press, New York, 2015.

FREEDMAN Carl, "Speculative fiction and international law: The Marxism of China Miéville", **Socialism and Democracy**, C. 20, S. 3, 2006, ss. 25-39.

FULLER Lon L., "Pashukanis and Vyshinsky: A Study in the Development of Marxian Legal Theory", **Michigan Law Review**, C. 47, S. 8, 1949, ss. 1157-1166.

GODELIER Maurice / BLOCH Maurice / VLAESSEN Henri J. M., vd., "Infrastructures, Societies, and History [and Comments]", **Current Anthropology**, C. 19, S. 4, 1978, ss. 763-771.

HAZARD John N., "Cleansing Soviet International Law of Anti-Marxist Theories", **The American Journal of International Law**, C. 32, S. 2, 1938, ss. 244-252.

HEAD Michael, "The Rise and Fall of a Soviet Jurist: Evgeny Pashukanis and Stalinism", **Canadian Journal of Law and Jurisprudence**, C. 17, S. 2, 2004, ss. 269-294.

HUNT Alan, "Marxist Theory of Law", **A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory**, (Ed. Dennis Patterson), John Wiley & Sons, Ltd, 2010.

HUSKEY Eugene, "A Framework for the Analysis of Soviet Law", **The Russian Review**, C. 50, S. 1, 1991, ss. 53-70.

KARAHANOĞULLARI Onur, "'Marksizm ve Hukuk' Yazın İncelemesi", **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi,** C. 58, S. 3, 2003, ss. 197-232.

KARAHANOĞULLARI Onur, "Ekim Devrimi'nde Hukuksal Kuruluş", **Monthly Review Türkiye,** C. Kasım 2017, S. 4, 2017, ss. 143-157.

KARAHANOĞULLARI Onur, "Marksizm ve Hukuk", **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi** C. 57, S. 2, 2002, ss. 61-92.

KARAHANOĞULLARI Onur, **Marksizm ve Hukuk: Diyalektik Hukuk Bilimi,** Yordam Kitap, İstanbul, 2018.

KELSEN Hans, **The Communist Theory of Law**, Frederic A. Praeger, New York, 1955.

KINGSBURY Benedict, "Legal Positivism as Normative Politics: International Society, Balance of Power and Lassa Oppenheim's Positive International Law", **European Journal of International Law,** S. 13-2, 2002, ss. 401-437.

KIRDIM Şahin Eray, "A Neo-Realist Case Study of U.N.-Authorized Humanitarian Interventions in the Post-Cold War World", **Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi,** C. 19, S. 2, 2017, ss. 615-632.

KIRDIM Şahin Eray / DEMİRKOL Atahan, "San Francisco Konferansı Görüşmeleri ve Birleşmiş Milletler Kararları Işığında Self-Determinasyon Kavramının İncelenmesi", **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** C. 25, S. 1, 2021, ss. 389-430.

KIRDIM Şahin Eray, "TWAIL'i Anlamak: Uluslararası Hukuka Eleştirel Bir Yaklaşım", **Public and Private International Law Bulletin**, C. 41, S. 1, 2021, ss. 129-158.

KNOX Robert, "Civilizing Interventions? Race, War and International Law", **Cambridge Review of International Affairs**, C. 26, S. 1, 2013, s. 111-132.

KNOX Robert, "Marxism, International Law, and Political Strategy", **Leiden Journal of International Law**, C. 22, S. 3, 2009, ss. 413-436.

KNOX Robert, "Marxist Approaches to International Law", **The Oxford Handbook of the Theory of International Law,** (Ed. Anne Orford ve Florian Hoffmann), Oxford University Press, Oxford, 2016a, ss. 306-329.

KNOX Robert, "Valuing Race? Stretched Marxism and the Logic of Imperialism", **London Review of International Law**, C. 4, S. 1, 2016b, ss. 81-126.

KNOX Robert, **A Critical Examination of the Concept of Imperialism in Marxist and Third World Approaches to International Law,** Yayınlanmamış Doktora Tezi, London, London School of Economics Department of Law, 2014.

KOSKENNIEMI Martti, "International Law in Europe: Between Tradition and Renewal", **European Journal of International Law**, C. 16, S. 1, 2005, ss. 113-124.

LEVINE Norman, "The German Historical School of Law and the Origins of Historical Materialism", **Journal of the History of Ideas**, C. 48, S. 3, 1987, ss. 431-451.

LORIMER James, **The Institutes of the Law of Nations: A Treatise of the Jural Relations of Separate Political Communities**, The Lawbook Exchange, Ltd., New Jersey, 2005.

MAKARIUS Raoul, "On Godelier on Superstructures and Infrastructure", **Current Anthropology**, C. 21, S. 2, 1980, ss. 252-255.

MARKS Susan, **International Law on the Left: Re-examining Marxist Legacies**, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.

MARX Karl, **Selected Works in Two Volumes**, (Ed. I. B. Lasker), 2. bası, C. 1, Lawrence & Wishart, London, 1947.

MIÉVILLE China, **Between Equal Rights: A Marxist Theory of International Law**, Brill, Leiden, 2005.

MUTUA Makau, "What is TWAIL?", **Proceedings of the ASIL Annual Meeting,** C. 94, 2000, ss. 31-38.

ORAKHELASHVILI Alexander, "The Idea of European International Law", **European Journal of International Law**, C. 17, S. 2, 2006, ss. 315-347.

ÖZDEMİR Ali Murat, **Güç Buyruk Düzen**, İmge Kitabevi, Ankara, 2011.

PASHUKANIS Evgeny Bronislavovich, **Pashukanis: Selected Writings on Marxism and Law**, (Ed. Piers Beirne ve Robert Sharlet), (çev. Peter B. Maggs), Academic Press Inc., London, 1980.

PASHUKANIS Evgeny Bronislavovich, **The General Theory of Law & Marxism**, (çev. Barbara Einhom), 2. bası, Transaction Publishers, New Brunswick, 2003.

PASHUKANIS Genel Evgeny Bronislavovich, **Genel Hukuk Teorisi ve Marksizm**, (çev. Onur Karahanoğulları), 1. bası, Birikim Yayınları, İstanbul, 2002.

PECHOTA Vratislav / D'AMATO Anthony A. / HIGGINS Rosalyn, "The Contemporary Marxist Theory of International Law", **Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)**, C. 75, 1981, ss. 149-159.

PEELING Siobhan, "Decree on Peace", **1914-1918-Online International Encyclopedia of the First World War**, Freie Universität Berlin, Berlin, 2014, http://encyclopedia.1914-1918-online.net/article/decree_on_peace/2014-12-19 (Erişim Tarihi: 27.12.2020).

RADIN Max, "Vyskinsky's Law", **The Virginia Quarterly Review**, C. 25, S. 3, 1949, ss. 465-471.

RASULOV Akbar, "A Marxism for International Law: A New Agenda", **European Journal of International Law**, C. 29, S. 2, 2018, ss. 631-655.

RICHMAN Sheldon L., "War Communism to NEP: The Road From Serfdom", **The Journal of Libertarian Studies**, C. 5, S. 1, 1981, ss. 89-97.

RODOGNO Davide, **Against Massacre: Humanitarian Interventions in the Ottoman Empire, 1815-1914,** Princeton University Press, New Jersey, 2012.

SHARLET Robert / BEIRNE Piers, "In Search of Vyshinsky: The Paradox of Law and Terror", **Revolution in Law: Contributions to the Development of Soviet Legal Theory, 1917-1938**, (Ed. Piers Beirne), Routledge, London, 2015, ss. 136-156.

SHARLET Robert, "Stalinism and Soviet Legal Culture", **Stalinism: Essays in Historical Interpretation**, (Ed. Robert C. Tucker), Transaction Publishers, New Brunswick, 1999, ss. 155-179.

SMITH Gordon B., **Soviet Politics: Continuity and Contradiction**, Macmillan Education, London, 1988.

SUMMER James**, Peoples and International Law**, 2. bası, Brill Nijhoff, Leiden, 2014.

TAY Alice Erh-Soon / KAMENKA Eugene, "Marxism, Socialism and the Theory of Law", **Columbia Journal of Transnational Law**, C. 23, S. 2, 1985, ss. 217-250.

TUNKIN Grigory I., "The Contemporary Soviet Theory of International Law", **Current Legal Problems**, C. 31, S. 1, 1978, s. 177-188.

TUNKIN Grigory I., "The Problem of Sovereignty and Organisation of European Security", **Belgian Review of International Law**, C. 10, 1974a, ss. 1-10.

TUNKIN Grigory I., "The United Nations: 1945-1965 (Problems of International Law)", **Soviet Law and Government**, C. 4, S. 4, 1966, ss. 3-12.

TUNKIN Grigory I., **Theory of International Law**, (çev. William E. Butler), Harvard University Press, Cambridge, 1974b.

VYSHINSKY Andrei Y., **The Law of the Soviet State**, (çev. Hugh W. Babb), Macmillan Company, New York, 1948.

YALVAÇ Faruk, "Class Structure of International Law", **Spectrum: Journal of Global Studies**, C. 3, S. 4, 2011, ss. 66-86.

YELKENCİ Taner, **Marksist Devlet ve Hukuk Teorisi**, 2. bası, NotaBene Yayınları, İstanbul, 2017.

YÜKSEL Murat, "Marksizm ve Hukuk Anlayışı", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 13, S. 3-4, 2017, ss. 19-38.

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2021; 1: 455-515

LES IMMIGRANTS A L'ÉPREUVE DES MESURES ANTITERRORISTES DANS LE DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE(*)(**)

Arş. Gör. **Göksu IŞIK**(***)

Résumé: L'histoire de la "sécurisation" des migrations se chevauche avec l'augmentation des actes terroristes en Europe. Ceci a réuni les politiques sécuritaires de lutte contre l'immigration illégale et le terrorisme. La conviction selon laquelle la menace vient d'ailleurs fut renforcée après chaque attentat organisé par le terrorisme djihadiste. L'usage des développements technologiques pour le maintien de la sécurité a résulté en une surveillance illimitée des groupes perçus comme dangereux. La recherche du terroriste est effectuée parmi les ressortissants des pays tiers qui n'ont pas une protection spécifique proportionnée à cette présomption. Les juridictions européennes ne semblent pas trouver un équilibre au regard de la gravité de la menace terroriste. À la lumière de cet exemple du lien indéniable entre le terrorisme et l'immigration dans le droit de l'Union européenne, nous visons d'observer l'apparition des défis de notre ordre supposément toujours libéral.

Mots-clés: Le Terrorisme, L'Immigration, L'Union Européenne, Les Données à Caractère Personnel, La Discrimination.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 30.03.2021. Makale Kabul Tarihi: 26.05.2021.

(**) Cet article est préparé sur la base du mémoire de master intitulé «Les immigrants à l'épreuve des mesures antiterroristes dans le droit de l'Union européenne» soutenu le 16 septembre 2019 sous la direction de Prof. Dr. Mouloud Boumghar à l'Institut des Sciences sociales de l'Université Galatasaray.

(***) Beykent Üniversitesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi (ORCID no: 0000-0002-8120-7294; *goksuisik@beykent.edu.tr*).

THE IMMIGRANTS IN THE SHADOW OF COUNTER-TERRORISM MEASURES IN EUROPEAN UNION LAW

Abstract: The "securitization" story of migrations relates to the increase of terrorist acts in Europe. Fight against terrorism and illegal immigration are thus united within similar security policies. Every djihadist attack reinforced the belief that the threat comes from exterior. The groups that are considered to be dangerous are monitored in an illimited way with the use of technological developments for maintaining security. The terrorist is searched within the third-country nationals whose rights aren't protected proportionally to this presumption. The European High Courts don't seem to find a balance regarding the gravity of terrorist threat. In the light of this exemple about the undeniable connection between terrorism and immigration in European Union law, we aim to observe the emergence of challenges that our supposedly still liberal system confronts.

Keywords: Terrorism, Immigration, European Union, Personal Data, Discrimination.

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDA TERÖRLE MÜCADELE ÖNLEMLERİNİN GÖLGESİNDE GÖÇMENLER

Öz: Göçün bir güvenlik sorunu haline gelmesi, Avrupa'da terör eylemlerinin artmasıyla doğru orantılı olarak gerçekleşmektedir. Yasadışı göç ve terörle mücadele politikaları da böylece aynı güvenlik kaygılarıyla benzer şekilde oluşturulmaktadır. Tehlikenin dışarıdan geleceğine olan inanç cihadist terörizmin düzenlediği her eylemin ardından güçlenmektedir. Güvenliğin sağlanması için kullanılan teknolojik gelişmeler de tehlikeli olarak nitelendirilen grupların sınırsız bir şekilde izlenmesine yol açmaktadır. Terörist, üçüncü ülke vatandaşları arasında aranmakta fakat bu kişiler için müdahalenin büyüklüğüyle orantılı bir koruma sağlanmamaktadır. Avrupa Mahkemeleri de terör tehdidinin büyüklüğü karşısında dengeyi bulmakta zorlanmaktadır. Bu çalışmada, terörizm ve göçün Avrupa Birliği Hukuku'nda inkar edilemez şekilde bağlanmış olması örneğinde hala liberal olduğu iddia edilen mevcut sistemin açıklarının ortaya çıkışını gözlemlemek amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Terörizm, Göç, Avrupa Birliği, Kişisel Veri, Ayrımcılık.

INTRODUCTION

"*Des actions terroristes peuvent être menées par des personnes qui utilisent les flux migratoires pour menacer le sol national*". C'est ce que le président de la République française, Emmanuel Macron a dit après la dernière vague d'attentats de 2020 en Europe[1]. Il est vite soutenu par la droite dans la création d'un lien indéniable entre le terrorisme et l'immigration[2]. Nous témoignons ainsi d'une montée rapide des discours de sécurité dans le contexte de l'immigration, qui n'étaient jamais autant liés au terrorisme. Le rapprochement entre les deux phénomènes dans le dernier demi-siècle est ainsi arrivé à son sommet.

Avec l'éclat de la pandémie Covid-19, nous avons vu que la société mondiale du risque[3] nécessite une unification internationale plus que jamais, afin de servir à notre objectif primordial de survivre. Le terrorisme, par contre, garde toujours son impact dans la polarisation de cette société mondiale, même pendant une telle catastrophe. Après l'assassinat de Samuel Paty et les attentats suivants du "terrorisme islamique" en Europe, la gravité de la pandémie est surpassée par une nouvelle polarisation de l'occident et l'orient. Si nous défendons la liberté d'expression, nous risquons d'être considérés comme islamophobes; tandis que si on dit l'envers, on risque de soutenir la radicalisation islamique. Dans ce contexte, il est important de pouvoir parler cet issu de haute actualité. À cette fin, nous visons ainsi d'évoquer la politique de la lutte contre le terrorisme de l'Union Européenne (UE) et ses effets sur les immigrants[4] avec les développements récents.

---

1 Le Monde, 6 novembre 2020, <https://www.lemonde.fr/politique/article/2020/11/06/macron-se-pose-en-combattant-acharne-du-terrorisme-en-france-et-dans-le-monde_6058687_823448.html>, consulté le 6 novembre 2020.

2 Le Monde, 6 novembre 2020, <https://www.lemonde.fr/politique/article/2020/11/06/la-majorite-confrontee-au-retour-du-dossier-mine-de-l-immigration_6058745_823448.html>, consulté le 6 novembre 2020.

3 Nous faisons référence au concept de "*world risk society*" développé par Ulrich Beck. Il parle d'un risque comme un moyen systématique de traiter des dangers et des insécurités déclenchés et lancés par la modernisation. Ce risque mondial signifie un déclin de l'autonomie de l'État dans la mesure où le besoin pour une coopération transnationale augmente. La société mondiale de risque a trois dimensions; écologique, financière et terroriste depuis les attentats de 11 Septembre 2001. L'effet du terrorisme est différent que les autres dimensions chez l'auteur aussi. Nous pouvons prendre en considération son effet de la banalisation d'une image de l'ennemi et de la peur d'autrui comme un mode de gestion de la société. *Cf.*, BECK Ulrich, **Risk Society. Towards a New Modernity**, Sage Publications, London, Newbury Park, New Delhi, 1992; BECK Ulrich, "The Terrorist Threat. World Risk Society Revisited", **Theory, Culture & Society**, Vol. 19(4), 2002, pp. 39-55.

4 On entend par immigrant les ressortissants des pays tiers généralement. *Cf.*, Union européenne (UE), Traité sur le fonctionnement de l'UE, JO 26/10/2012 C 326/47, article 78-

Nous observons que certains points communs furent créés entre le terrorisme et la migration tant parmi les membres de la société que dans la politique de l'UE depuis le dernier demi-siècle. D'un côté, les travaux sociologiques ou psychologiques peuvent montrer mieux les effets de ces points communs sur la discrimination sociale des immigrants. De l'autre côté, un travail juridique sur la pratique des autorités de renforcement de la loi peut être utile pour voir la discrimination institutionnelle qui peut aggraver la polarisation de la société dans la lutte contre le terrorisme. Le rôle de l'UE devient ainsi important pour voir si elle contribue à cette discrimination au regard des immigrants dans sa politique de la lutte contre le terrorisme. Les questions que nous allons poser et les réponses que nous allons trouver sont importantes afin de voir l'évolution des valeurs principales de l'UE. L'approche de la Cour de Justice de l'UE et de la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) va également nous guider dans le niveau du respect de ces valeurs, quand il s'agit la lutte contre le terrorisme.

Pas-à-pas, nous allons donc examiner comment la politique de la migration et de la lutte contre le terrorisme de l'UE est réunie sur ces points communs (I.). Ensuite, nous allons nous questionner sur ses conséquences concernant l'exercice des droits des immigrants devant les hautes cours européennes (II.).

---

79. Ces dispositions mentionnent la politique commune à développer en matière d'asile et de l'immigration et elle parle de ressortissants des pays tiers en général. Le demandeur d'asile a un sens plus restreint avec la référence à l'action de demander l'asile. On le définit comme "*le ressortissant d'un pays tiers ou l'apatride ayant présenté une demande d'asile sur laquelle aucune décision finale n'a encore été prise*" (UE, 1 décembre 2005, Directive du Conseil relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres, 2005/85/CE, JO 13/12/2005 L 326/13, article 2(c)). On va donc examiner la politique d'immigration et la politique d'asile qui se sont déjà unis en droit de l'UE. *Cf.*, *inter alia*, UE, 24 septembre 2008, Pacte européen sur l'immigration et l'asile. Cette approche est quand même critiquée considérant le traitement différent qu'exigent les deux phénomènes (UE, 3 décembre 1998, Plan d'action du Conseil et de la Commission concernant les modalités optimales de mise en œuvre des dispositions du traité d'Amsterdam relatives à l'établissement d'un espace de liberté, de sécurité et de justice, Conseil justice et affaires intérieures, 1999/C 19/01, préambule, §33). *Cf.*, aussi, CHEBEL d'APPOLLONIA Ariane, "Immigration, Security and Integration in the European Union", *in* CHEBEL d'APPOLLONIA Ariane / REICH Simon (eds.), **Immigration, Integration and Security: America and Europe in Comparative Perspective**, University of Pittsburgh Press, 2008, pp. 203-228, p. 212.

I. QUEL LIEN ENTRE LE TERRORISME ET LA MIGRATION ?

Il faut d'abord observer comment le terrorisme et la migration sont liés dans la politique sécuritaire de l'UE. Tandis que la transnationalisation devient le point commun de ces deux phénomènes, la politique de la sécurité frontalière dans la gestion de l'immigration gagne un rôle important dans la lutte contre le terrorisme (1.). De l'autre côté, la nécessité d'arrêter les terroristes avant la commission d'un acte violent forme la politique de la prévention, qui créé le lien opérationnel entre le terrorisme et les immigrants (2.).

1. La menace vient de l'extérieur par le franchissement des frontières

La principale unification de la politique antiterroriste et celle de la gestion de l'immigration se voit dans le contrôle des frontières extérieures. Nous trouvons le premier pas d'établir un lien entre le terrorisme et l'immigration quand la gestion de l'immigration a commencé à être considérée comme un moyen d'assurer la sécurité et de lutter contre la criminalité (A.). Pour autant que les deux phénomènes constituent des menaces pour la sécurité de l'UE, la même solution de contrôle des frontières consolide ce lien (B.).

A. Pourquoi lutter contre l'immigration ? La "sécurisation"[5] de l'immigration

L'entrée de l'immigration sur la scène de dangerosité au titre d'un problème de sécurité s'est d'abord faite dans la rhétorique politique[6]. Du côté

---

[5] Il faut indiquer que "*securitisation*" est un terme d'origine anglaise découlant de la théorie développée par l'École de Copenhague. Elle signifie la construction sociale des questions sécuritaires (WILLIAMS Michael C., "Words, Images, Enemies: Securitization and International Politics", **International Studies Quarterly**, Vol. 47, no 4, 2003, pp. 511-531, p. 513). *Cf.*, aussi, BIGO Didier, "Sécurité et immigration: vers une gouvernementalité par l'inquiétude ?", **Cultures & Conflits**, 31-32, printemps-été, 1998, pour l'usage du terme "sécurisation" en français dans le contexte où le processus de la sécurisation des migrations est fonction des pratiques routinières des professionnels de la sécurité. "*Dans l'étude de la sécuritisation, un acte de langage présente les migrations comme une menace sécuritaire existentielle à l'identité collective, à la société ou à l'État*". BOURBEAU Philippe, "Processus et acteurs d'une vision sécuritaire des migrations: le cas du Canada", **Revue Européenne des Migrations Internationales**, Vol. 29, no 4, 2013, §17; BOURBEAU Philippe, "Politisation et sécuritisation des migrations internationales: une relation à définir", **Critique internationale**, no 61, 2013/4, pp. 127-145. Les implications de définir un issu dans le langage de la sécurité dépendent sur la façon dont la sécurité est conçue dans des contextes particuliers selon Matt McDonald. McDONALD Matt, "Securitization and the Construction of Security", **European Journal of International Relations**, Vol. 14(4), 2008, pp. 563-587, p. 580.

[6] **BIGO**, 1998, §9. L'auteur mentionne aussi l'effet de média sur ce glissement dans un autre article. BIGO Didier, "Migration and Security Issues", December 27, 2006b, <https://www.academia.edu/3102809/Migration_and_security>, consulté le 10 janvier 2019, p. 11-12.

économique, politique et social, l'expression des souverainetés territoriales a perdu son effet de transformation, qui s'est avéré être favorable aux discours de sécurisation[7]. Cette sécurisation est renforcée pour les puissances occidentales avec la disparition de l'ennemi extérieur commun après la chute du Mur de Berlin[8]. Le contrôle des migrations a pris sa part dans cette histoire en servant à légitimer le pouvoir étatique[9]. La gestion des mouvements migratoires s'est progressivement transformée en une question de sécurité nationale[10].

Cependant, le besoin de la main d'œuvre bon marché ne permettait pas de mettre fin aux passages irréguliers, mais ces dernières exigeaient un contrôle efficace dans les frontières, en coopération avec les pays voisins[11]. Cette internationalisation se voit aussi dans les actes adoptés par les organes de l'Organisation des Nations Unies (ONU) dès années 1990[12]. Même si ces actes internationaux insistent sur le fait de mentionner la protection des droits de l'Homme des immigrants, les débats sécuritaires prennent une place importante dans l'agenda des États concernant la migration[13].

De l'autre côté, la mondialisation a eu l'impact sur la transnationalisation de beaucoup des phénomènes y compris la criminalité comme l'immigration irrégulière[14]. La recherche des immigrants, aspirant à

---

7 CARLIER Jean-Yves / CRÉPEAU François, "Le droit européen des migrations: Exemple d'un droit en mouvement ?", **Annuaire français de droit international**, Paris, CNRS Éditions, LVII, 2011, pp. 641-674, p. 642-643.

8 TSOUKALA Anastassia, "The Terrorism-Immigration Nexus in the Post-11 September Era: An Analysis of the Political Discourses in the British Press", *in* BERGGREN Erik / LIKIĆ-BRBORIĆ Branka / TOKSÖZ Gülay / TRIMIKLINIOTIS Nicos (eds.), **Irregular Migration, Informal Labour and Community: A Challenge for Europe**, Shaker Publishing, Maastricht, 2007, pp. 393-400, p. 392. L'auteur mentionne l'Union soviétique en tant qu'ennemi en commun.

9 **CARLIER / CRÉPEAU**, 2011, p. 643. La souveraineté exercée sur le territoire d'un État se présente avec la compétence de l'État de gérer librement ce qui se passe dans ce territoire y compris les frontières extérieures avec l'exigence du respect du principe de non-intervention.

10 PICKERING Sharon, "Border terror: policing, forced migration and terrorism", **Global Change, Peace & Security**, Vol. 16, no 3, October 2004, pp. 211-226, p. 213-214.

11 **CARLIER / CRÉPEAU**, 2011, p. 644.

12 *Cf.*, *inter alia*, Organisation des Nations Unies (ONU), 18 décembre 1990, Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, Résolution 45/158; ONU, Convention contre la criminalité transnationale organisée et protocoles s'y rapportant, 2004; ONU, 23 décembre 2000, Assemblée générale, Résolution 60/227, A/RES/60/227; ONU, 18 mai 2006, Rapport du Secrétaire général, A/60/871.

13 **CARLIER / CRÉPEAU**, 2011, p. 647.

14 SANCHEZ Miguel Acosta, "Coopération et sécurité aux frontières extérieures européennes: le cas du détroit de Gibraltar", **Annuaira français de droit international**, Vol. 54, 2008, pp. 197-223, p. 199.

une vie plus sûre ou tranquille dans des pays occidentaux, n'est pas toujours effectuée de manière légale, ce qui a créé des problèmes d'immigration illégale ou irrégulière. Les immigrants sont perçus comme étant illégaux ou criminels en termes de leur présence non-conforme à la législation[15]. Les flux migratoires, ayant aussi l'effet de favoriser la corruption, d'empêcher la croissance économique et de miner la démocratie[16], ont contribué à l'image de l'immigrant comme un risque sécuritaire. Face à la contestation des politiques multiculturelles avec la crise financière de 2008[17], la migration est considérée comme un élément déstabilisateur qui devrait être contrôlé et "sécurisé"[18].

Quant à l'UE, avec la suppression des contrôles aux frontières entre les États membres, la nécessité de gérer cette situation au niveau européen est apparue. L'élargissement de l'espace européen et la libre circulation interne ont résulté en la nécessité de contrôler les frontières extérieures et la politique migratoire[19]. Les résolutions adoptées dans les années 1970 par le Conseil des Communautés européennes correspondent bien à cette volonté de concertation des politiques migratoires[20]. La reconnaissance de la compétence communautaire dans la politique migratoire[21] est petit-à-petit réalisée jusqu'à

---

15 MASSEY Douglas S. / DURAND Jorge / PREN Karen A., "Why Border Enforcement Backfired", **American Journal of Sociology**, 121(5), 2016, pp. 1557-1600.

16 **SANCHEZ**, 2008.

17 *Cf.*, BEVELANDER Pieter / TARAS Raymond, "The Twilight of Multiculturalism? Findings from across Europe", *in* Raymond Taras (ed.), **Challenging Multiculturalism**, Edinburgh University Press, 2013, pp. 3-24, p. 3-15, pour les critiques du multiculturalisme et ses défaillances en Europe.

18 HUYSMANS Jef, "The European Union and the Securitization of Migration", **Journal of Common Market Studies**, Vol. 38, no 5, 2000, pp. 751-777, p. 753.

19 **CARLIER / CRÉPEAU**, 2011, p. 647.

20 UE, 21 janvier 1974, Résolution du Conseil concernant un programme d'action sociale, JO 12/02/1974 C 13/1; UE, 9 février 1976, Résolution du Conseil concernant un programme d'action en faveur des travailleurs migrants et des membres de leur famille, JO 14/02/1976 C 34/2.

21 Pendant un peu du temps, les efforts de l'UE d'unifier les politiques migratoires et la volonté des États membres de maintenir ce domaine dans leur compétence se sont confrontés. Néanmoins, la Cour de Justice avait pris l'initiative en ce qui concerne la reconnaissance de la compétence communautaire concernant les travailleurs des pays tiers, qui ont un effet sur le marché communautaire de l'emploi. *Cf.*, UE, 9 juillet 1987, Arrêt de la Cour de Justice, C-281 à 287/85, sur le recours en annulation de la décision suivante; UE, 8 juillet 1985, Décision de la Commission instaurant une procédure de notification préalable et de concertation sur les politiques migratoires vis-à-vis des États tiers, 85/381/CEE, JO 14/08/1985 L 271/25.

l'établissement du système de Schengen[22] et de Dublin[23]. La création du marché commun basé sur la libre circulation des personnes se confond donc avec la politique commune de l'UE en matière des migrations[24].

Avec l'entrée en vigueur de l'Acte unique européen le 1er juillet 1987, on voit clairement la tendance en Europe à harmoniser les principes régissant les conditions d'entrée et de séjour sur le territoire européen accompagnée des mesures sécuritaires sur les contrôles des frontières extérieures[25]. Ces derniers sont considérés comme étant une compensation pour la suppression des frontières intérieures[26]. Finalement, cette politique est introduite dans les traités de l'UE vers la fin des années 1990 à travers la constitution d'un espace de liberté, de sécurité et de justice[27].

Le traité de Rome ne contenait aucune disposition en matière d'asile et d'immigration[28]. Dans les traités de Maastricht et d'Amsterdam, par contre,

---

22 UE, 14 juin 1985, Convention de l'application de l'accord de Schengen entre les Gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, JO 22/09/2000.

23 UE, 15 juin 1990, Convention relative à la détermination de l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres des Communautés européennes, 97/C 254/01, JO 19/08/1997 C 254/1.

24 Selon Pelin Sönmez, les problèmes de sécurité relatifs à l'immigration et la préoccupation concernant la protection de la société européenne contre le concept non-européen de l'immigration a exigé d'établir une politique commune de l'UE. L'auteur lie cette approche avec la création d'un marché commun basé sur la libre circulation des personnes. *Cf.* SÖNMEZ Pelin, **Avrupa Birliği'nde Yeni Dönem Postkolonyal İlişkiler ve Göç Politikaları Diyaloğu**, Avrupa Birliği Bakanlığı Akademik Araştırmalar Serisi 4, 2015, p. 237-242. *Cf.* aussi, MORAES Claude, "The Politics of European Union Migration Policy", **The Political Quarterly Publishing**, 2003, pp. 116-131, p. 117, sur la mise en place d'une approche commune par rapport aux frontières extérieures avec la coopération sur la libre circulation des personnes sur le territoire européen.

25 COLEMAN Nils, "From Gulf War to Gulf War - Years of Security Concern in Immigration and Asylum Policies at European Level", *in* GUILD Elspeth / BALDACCINI Anneliese (eds.), **Terrorism and the Foreigner: A Decade of Tension around the Rule of Law in Europe**, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden Boston, 2007, pp. 3-84, p. 15.

26 **CHEBEL d'APPOLLONIA**, 2008, p. 209.

27 **Ibid.**; *Cf.* MITSILEGAS Valsamis, "Measuring Irregular Migration: Implications for Law, Policy and Human Rights", *in* Barbara Bogusz, Ryszard Cholewinski, Adam Cygan & Erika Szyszczak (eds.), **Irregular Migration and Human Rights: Theoretical, European and International Perspectives**, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2004, pp. 29-40, p. 30-31 sur l'émergence de la lutte contre l'immigration illégale comme l'une des questions prioritaires dans le calendrier politique de l'UE vers la fin des années 1990.

28 *Cf.*, BOUTEILLET-PAQUET Daphné, **L'Europe et le droit d'asile: La politique d'asile européenne et ses conséquences sur les pays d'Europe centrale**, L'Harmattan, Paris, 2001, p. 131, pour ce constat.

l'approche sécuritaire a pesé plus lourdement que l'approche protectrice des libertés pour les questions relatives aux migrations dans cet espace, comme dit Didier Bigo[29]. Puis, le traité de Maastricht permettait encore aux États membres de restreindre les droits d'asile et l'immigration sur la base des arguments relatifs à la sécurité nationale[30]. Ensuite, le traité d'Amsterdam a servi à consacrer explicitement la compétence communautaire en matière d'immigration et d'asile[31]. Cette approche est renforcée par le Conseil européen de Tampere en 1999[32]. On prend en compte les conclusions de réunion à Tampere comme l'établissement de la politique européenne commune en matière d'immigration[33].

Le développement de cet espace de liberté, de sécurité et de justice est directement lié à des mesures d'accompagnement concernant les contrôles aux frontières extérieures, l'asile et l'immigration, ainsi que des mesures visant à prévenir et à combattre la criminalité selon le Plan d'Action relatif à l'établissement de cet espace[34]. Le programme de Tampere indique également que la politique commune européenne s'est basée sur des éléments comme la gestion des flux migratoires et la lutte contre l'immigration illégale et les crimes transnationaux[35]. On admet, dans ce programme, que la gestion des flux migratoires sera effectuée par la prévention de l'immigration illégale et de la traite d'êtres humains[36]. Cette politique commune mêle alors les questions d'immigration avec celles de la criminalité.

---

29 **BIGO**, 2006b, p. 5.

30 **SÖNMEZ**, 2015, p. 211.

31 UE, 2 octobre 1997 (signature), Traité d'Amsterdam, modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes, article B, 73I; *Cf.* GUIRAUDON Virginie, "Les effets de l'européanisation des politiques d'immigration et d'asile", **Politique européenne**, no 31, 2010/2, pp. 7-32.

32 UE, 15-16 octobre 1999, Conseil européen de Tampere, Conclusions de la Présidence, §10, 20.

33 *Cf.*, UE, 22 novembre 2000, Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, Une politique communautaire en matière d'immigration, COM(2000)757 final, p. 4-7, sur cette histoire.

34 UE, 1999/C 19/01, préambule, §25.

35 *Cf.*, SOREL Alexander, "Asylum, Migration and Border Controls in the Hague Programme", *in* ZWAAN Jaap W. de / GOUDAPPEL Flora A. N. J. (eds.), **Freedom, Security and Justice in the European Union: Implementation of the Hague Programme**, TMC Asser Press, The Hague, 2006, pp. 11-20, pour ce commentaire.

36 UE, 15-16 octobre 1999, Conseil européen de Tampere, Conclusions de la Présidence, §22.

Dans les années 2000, on a toujours continué à faire prévaloir la sécurité sur la liberté. La sécurisation de la gestion des frontières extérieures de l'UE est reprise en tant qu'un thème essentiel selon une communication de la Commission européenne du 7 mai 2002[37] et le Catalogue Schengen de la même année[38]. Le programme de La Haye a ensuite rendu la politique d'immigration indissociable des crimes transnationaux[39]. Dans ce programme, l'espace de liberté est définie par ses limites et son antagonisme avec les autres libertés et la liberté des autres d'après Didier Bigo. L'auteur indique que le renforcement de la liberté se comprend par un espace sûr sans "les intrus". La liberté est ainsi devenue un moyen de maximiser la sécurité[40]. La création d'un espace de liberté, de sécurité et de justice s'est ainsi transformée en un espace sûr, contrôlé et encadré avec les frontières en ignorant le côté de liberté et de justice de cette politique.

Les mouvements importants de l'immigration dans les dernières années ont rendu cette approche de sécurisation plus concrète[41]. Les discours concernant la "crise migratoire" montrent clairement la tendance de restreindre les passages frontaliers en renforçant les contrôles des frontières extérieures[42]. Ensuite, la mention de la sécurité dans le contexte de la gestion des franchissements des frontières est augmentée. Dans le Code des visas, on observe la référence aux "risques migratoires et / ou pour la sécurité"[43].

---

37 UE, 7 mai 2002, Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, Vers une gestion intégrée des frontières extérieures des États membres de l'Union européenne, COM(2002)233 final, §4.

38 UE, 28 février 2002, Conseil de l'UE, Catalogue Schengen, Contrôles aux frontières extérieures, éloignement et réadmission: recommendations et meilleures pratiques, SG DG H, p. 15-16.

39 UE, 3 mars 2005, Conseil de l'UE, Le programme de La Haye: renforcer la liberté, la sécurité et la justice dans l'Union européenne, 2005/C 53/01, surtout §1.7.2.

40 BIGO Didier, "Liberty, whose liberty? The Hague Programme and the conception of freedom", 2006b, <https://www.academia.edu/3102843/Liberty_whose_liberty_The_Hague_Programme_and_the_conception_of_freedom>, consulté en ligne le 13 janvier 2019.

41 L'augmentation forte des déplacements internes et transfrontaliers dépende en grande partie aux conflits civils et transnationaux y compris les actes d'extrémisme violent hors des zones de guerre. Selon le rapport de l'Organisation internationale pour les migrations, 244 millions de personnes vivaient dans un autre pays que leurs pays de naissance en 2015, soit presque 100 millions de plus qu'en 1990 (153 millions) et plus de trois fois plus qu'en 1970 (84 millions). Organisation internationale pour les migrations, État de migration dans le monde 2018, p. 17.

42 UE, 18 mars 2016, Conclusions du Conseil européen, EUCO 12/1/16. REV 1, §1; UE, 21 octobre 2016, Conclusions du Conseil européen, EUCO 31/16, §2; UE, 28 juin 2018, Conclusions du Conseil européen, EUCO 9/18, §1-2.

43 UE, 13 juillet 2009, Règlement du Parlement européen et du Conseil établissant un code communautaire des visas (code des visas), 810/2009, JO 15/9/2009 L 243/1, préambule §18.

L'objet principal de la création du système européen de surveillance des frontières (EUROSUR) est la "protection de la vie des migrants" ainsi que "de prévenir et combattre l'immigration illégale"[44]. Le Code des frontières Schengen mentionne également que le contrôle aux frontières contribue à la prévention de toute menace sur la sécurité ainsi qu'à la lutte contre l'immigration illégale[45]. Le règlement 2016/1624 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes a pour but principal de "s'attaquer aux défis migratoires"[46]. La gestion des migrations se présente ainsi avec la prévention de l'immigration illégale qui contribue au soutien d'une politique sécuritaire.

Récemment, un nouveau pacte sur la migration et l'asile de l'UE est proposé par la Commission européenne. La gestion des frontières extérieures sera modernisée selon ce pacte, par le déploiement de garde-frontières et de garde-côtes européens à partir du 21 janvier 2021, par un renforcement des systèmes d'information et par une réforme du système Dublin[47]. La raison est indiquée comme l'augmentation de la présence irrégulière des ressortissants des pays tiers, depuis 2015. Cette réforme est interprétée comme une rénovation du système Dublin plutôt qu'une abolition, considérant que son rôle principal est de primer la responsabilité effective des États membres au lieu de leur volonté[48]. L'établissement de la responsabilité d'un État dans l'accord du statut de protection, la procédure de relocalisation ou la protection des données à caractère personnel des demandeurs dépendent tous à l'absence des motifs raisonnables de penser

---

44 UE, 22 octobre 2013, Règlement du Parlement européen et du Conseil portant création du système européen de surveillance des frontières (Eurosur), 1052/2013, JO 6/11/2013 L 295/11, article 1.

45 UE, 9 mars 2016, Règlement du Parlement européen et du Conseil concernant un code de l'Union relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen), 2016/399, JO 23/3/2016 L 77/1 préambule §6.

46 UE, 14 septembre 2016, Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif au corps européen (...), 2016/1624, JO 16/09/2016 L 251/1, article 1.

47 Le système Dublin consiste de déterminer le pays qui doit acueillir une demande d'asile. En général, le premier État-membre d'arrivée est considéré comme étant en charge d'examiner les demandes. *Cf.*, UE, 23 septembre 2020, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on asylum and migration management (...), COM(2020)610 final, pour la proposition de la réforme.

48 DESTOMBES Emilie, "L'UE dans le domaine migratoire: la persistance de l'adolescence ou l'avènement de l'âge de raison ?", **Réseau universitaire européen ELSJ**, 23 septembre 2020, <http://www.gdr-elsj.eu/2020/09/23/asile/lue-dans-le-domaine-migratoire-la-persistance-de-ladolescence-ou-lavenement-de-lage-de-raison/>, consulté le 4 novembre 2020.

que ceux-ci représente un danger pour la sécurité nationale ou l'ordre public d'un État membre selon ce nouveau pacte. Le Contrôleur européen de la protection des données (CEPD) tire l'attention au fait que le pacte floute la distinction entre les différentes politiques liées à l'asile, la migration, la coopération policière, la sécurité interne et la justice criminelle[49]. C'est-à-dire que la gestion de l'immigration est toujours accompagnée avec la criminalité et les questions de sécurité. La sécurité est ainsi toujours au cœur de la politique d'immigration de l'UE.

B. Comment lutter contre le terrorisme ? Le moyen commun du contrôle des frontières

Passons au côté lié à la politique antiterroriste de l'UE, il sera inutile de donner place aux discussions sans fin sur la définition du terrorisme[50]. Nous préférons juste de faire une introduction brève sur le type du terrorisme dont nous parlons. Il y a plusieurs typologies du terrorisme selon les objectifs et les moyens employés par les organisations terroristes[51]. Néanmoins, la classification simple du terrorisme traditionnel et moderne va clarifier les contextes dont nous allons parler dans notre travail. D'une part, le terrorisme traditionnel s'inscrit avec les idéologies révolutionnaires et les communautés indépendantistes. Suite à la deuxième guerre mondiale, les conflits

---

49 UE, 30 novembre 2020, Contrôleur européen de la protection des données (CEPD), Opinion on the New Pact on Migration and Asylum, Avis 9/2020, §8.

50 *Cf.*, *inter alia*, GUILLAUME Gilbert, **Terrorisme et Droit international**, The Hague Academy of International Law, 2008, p. 295-307; ÖKTEM Emre, **Terörizm, İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları**, 2. Basım, Derin Yayınları, İstanbul, 2011, p. 1-66; CASSESSE Antonio, "Terrorism as an International Crime", *in* Andrea BIANCHI (ed.), **Enforcing International Law Norms Against Terrorism**, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2004, pp. 213-225, p. 214; SAUL Ben, **Defining Terrorism in International Law**, Oxford University Press, New York, 2006, p. 5 et s.; MARTIN Jean-Cristophe, **Les règles internationales relatives à la lutte contre le terrorisme**, Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 33 et s., pour les recherches académiques sur cette question. *Cf.*, UE, 13 juin 2002, Décision-cadre du Conseil relative à la lutte contre le terrorisme, 2002/475/JAI, JO 22/06/2002 L 164/3, article 1, pour la première définition en droit de l'UE.

51 *Cf.*, par exemple, SKOLL Geoffrey R., "Toward a Theory of Terrorism: A Multidimensional Analysis", *in* LARCHE Rene A. (ed.), **Global Terrorism Issues and Developments**, Nova Science Publishers, New York, 2008, pp. 19-60, p. 33, pour le terrorisme anomique, le terrorisme disruptif, le terrorisme entrepreneurial et le terrorisme répressif; LUTZ James M. / LUTZ Brenda J., **Terrorism, Origins and Evolution**, Palgrave Macmillan, London, 2005, p. 11, pour le terrorisme communautaire, le terrorisme idéologique et le terrorisme pragmatique; SANGUINETTI Gianfranco. **Du terrorisme et de l'État. La théorie et la pratique du terrorisme divulguées pour la première fois**, (traduit par Jean-François Martos), 2e Édition, J. F. Martos, Paris, 1980, p. 69, pour le terrorisme défensif et offensif.

idéologiques étaient polarisés par la confrontation entre deux blocs rivaux du monde. Les mouvements de libération nationale, qui se sont apparus dans les années 1960s pendant l'époque de la décolonisation, ont agi de manière favorable aux idéologies marxistes-léninistes afin de prendre le soutien des grands pouvoirs comme l'Union soviétique et la Chine[52]. Ces mouvements de libération nationale hors le contexte de décolonisation sont considérés comme terroristes et le soutien des pays de l'est a intégré les différentes catégories du terrorisme dans un processus révolutionnaire marxiste-léniniste[53]. Néanmoins, le terrorisme traditionnel ne s'identifiait pas avec ses effets transfrontaliers, car leurs demandes étaient plutôt liées à l'indépendance de leur communauté.

De l'autre part, le terrorisme qui est associé avec l'immigration et surtout celui moderne. Les mouvements motivés en général par les idéologies religieuses au Moyen-Orient avaient commencé à contrebalancer la révolution iranienne par des groupes sunnites et le pouvoir soviétique par l'aide des États-Unis[54]. À ce moment-là, les pays européens étaient occupés avec des formes de terrorisme non-mondialisées et plutôt traditionnelles[55]. Dans les années 1980, l'effet des États-Unis est diminué sur ces groupes au Moyen-Orient car l'Union soviétique n'était plus présente sur le territoire afghan[56]. Le djihad sunnite s'est retourné bientôt contre les États-Unis et les pouvoirs occidentaux[57]. Étant donné que l'Islam ne signifie pas une affiliation territoriale, les actes djihadistes ne reconnaissaient pas non plus des demandes sur un certain territoire[58]. Les menaces contre la sécurité sont déterritorialisées et liées toutes ensemble comme des composants d'un

---

52 CHALIAND Gérard / BLIN Arnaud, "Le terrorisme dans la guerre, de la Seconde Guerre mondiale aux guerres de la libération nationale", *in* CHALIAND Gérard / BLIN Arnaud (dir.), **Histoire du terrorisme. De l'Antiquité à Al Quaida**, Bayard, Paris, 2004a, pp. 229-239, p. 229-230.

53 **Ibid.** *Cf.*, aussi, HOFFMAN Bruce, **Inside Terrorism**, New York, Columbia University Press, 2017, p. 87.

54 CHALIAND Gérard / BLIN Arnaud, "De 1968 à l'islamisme radical", *in* **CHALIAND / BLIN** (dir.), 2004a, pp. 243-279, p. 243.

55 Par exemple, Rote Armee Fraktion (RAF) pour l'Allemagne, Euskadi Ta Askatasuna (ETA) pour l'Espagne et Irish Republican Army (IRA) pour le Royaume-Uni. *Cf.* COTTEY Andrew, **Security in the New Europe**, New York, Palgrave Macmillan, 2007, p. 42.

56 CHALIAND Gérard, **Terrorisme et politique**, CNRS Éditions, Paris, 2017, p. 39.

57 **Ibid.**

58 KASTORYANO Riva, "Radicalisation in Europe", **IEMed Mediterranean Yearbook**, Institut européen de la Méditerranée, 2017, pp. 87-92, p. 91.

danger global[59]. L'approche de l'ONU par rapport au terrorisme dans les années 1990 prouve cette globalisation dans la mesure où ce type de terrorisme exige une réponse internationale[60].

La transnationalisation du terrorisme est ainsi arrivée avec la montée du terrorisme moderne et a atteint au sommet avec les attentats du 11 Septembre 2001. Ce caractère transnational qui est commun avec l'immigration a créé une tendance de lutter contre le "mal", qui peut venir de l'immigration et du terrorisme, par le même moyen de la gestion des frontières[61]. L'adoption de la résolution 1373 (2001) du Conseil de Sécurité des Nations Unies suite au 11 Septembre 2001 a indéniablement établi un lien entre les deux phénomènes, en admettant que le terrorisme peut être empêché par le contrôle du franchissement des frontières[62]. Les États ont admis que l'asile et le statut de réfugié sont susceptibles d'être utilisés comme un bouclier par les terroristes[63]. Le principe directeur semble être que la gestion des frontières doit être globale et couvrir toutes les menaces relatives aux frontières[64] y compris le terrorisme transnationalisé et l'immigration illégale[65].

---

59 TSOUKALA Anastassia, "The Terrorism-Immıgration Nexus in the Post-11 September Era: An Analysis of the Political Discourses in the British Press", *in* **BERGGREN / LIKIĆ-BRBORIĆ / TOKSÖZ / TRIMIKLINIOTIS** (eds.), 2007, pp. 393-400, p. 392.

60 *Cf.*, *inter alia*, ONU, 31 mars 1992, Conseil de Sécurité, Résolution 748 (1992), S/RES/748(1992); ONU, 17 février 1995, Assemblée générale, Measures to eliminate international terrorism, A/RES/49/60. *Cf.*, ERÇAKICA Mustafa, **Silahlı Çatışma ve İç Karışıklık Sonrası Dönemlerde İnsan Haklarının Korunmasında Birleşmiş Milletler'in Rolü**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, pp. 393-398, pour un survol général sur le contenu de ces actes.

61 DE TAPIA Stéphane, **Les nouvelles configurations de la migration irrégulière en Europe: Rapport de conférence 12 et 13 novembre 2002**, Éditions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2003, p. 71; UE, 11-12 novembre 2015, Sommet de Valette sur la migration, Déclaration politique.

62 ONU, 28 septembre 2001, Résolution du Conseil de Sécurité, S/RES/1373(2001), §3(f)-(g).

63 *Cf.*, France, 5 juillet 2016, Assemblée nationale, Rapport fait au nom de la Commission d'enquête relative aux moyens mis en oeuvre par l'État pour lutter contre le terrorisme depuis le 7 janvier 2015, no 3922, p. 24, 138, 294; CRELINSTEN Ronald D. / ÖZKUT İffet, "Counter-Terrorism Policy in Fortress Europe. Implications for Human Rights" *in* REINARES Fernando (ed.), **European Democracies against Terrorism; Governmental policies and intergovernmental cooperation**, Ashgate, Dartmouth, 2001, pp. 245-272, p. 259; ROBERT Bartko, "Irregular Migration and Terrorism in the European Union", **Journal of Eastern-European Criminal Law**, no 1/2017, pp. 149-154, p. 152.

64 GUILD Elspeth / CARRERA Sergio / BALZACQ Thierry, "The Changing Dynamics of Security in an Enlarged European Union", **Challenge Liberty & Security**, Research Paper no 12, October 2008, p. 2.

65 *Cf.*, **TSOUKALA**, 2007, p. 397, sur le fait que la menace terroriste de l'époque s'est ajoutée aux problèmes sociaux et de sécurité par l'immigration irrégulière.

Quant à la politique antiterroriste de l'UE, c'est après les attentats du 11 Septembre qu'elle a commencé à être établie. Le terrorisme contre lequel il fallait lutter était déjà de nature transnationale. La gestion des frontières extérieures est ainsi considérée comme une méthode efficace de la lutte contre le terrorisme depuis les premiers actes du Conseil adoptés après les attentats du 11 Septembre[66]. Puis, le renforcement des contrôles des frontières extérieures est devenu l'un des moyens principaux de lutter contre le terrorisme comme nous l'observons dans la Déclaration sur la lutte contre le terrorisme en 2004[67]. Ensuite, les infractions terroristes sont comptées parmi des crimes transnationaux liés à la politique d'immigration selon les conclusions du novembre 2004. Celles-ci explicitement citent la gestion des flux migratoires comme une mesure sécuritaire visant à lutter contre le terrorisme[68].

Selon le rapport préliminaire préparé par le comité spécial sur le terrorisme en 2018, les auteurs des actes terroristes dans l'UE incluent souvent la deuxième ou troisième génération d'immigrants[69]. La Commission européenne constate qu'il existe un taux élevé de concordance lorsque les autorités nationales cherchent les empreintes digitales des demandeurs d'asile impliquées dans les enquêtes pénales[70]. En plus, elle souligne que l'asile est l'un des canaux qu'utilisent les terroristes[71]. La réunification de la politique antiterroriste et de la politique d'asile se voit clairement dans son constat suivant: "*même si le nombre potentiel de demandeurs d'asiles susceptibles d'être impliqués dans des infractions terroristes transfrontalières ou d'autres formes graves de criminalité n'est*

---

66 UE, 14-15 décembre 2001, Conclusions de la Présidence Conseil européen de Laeken, DOC/01/18, §42.

67 UE, 25 March 2004, European Council Declaration on Combating Terrorism, p. 2, 7.

68 UE, 4-5 novembre 2004, Conclusions de la Présidence Conseil européen de Bruxelles, 14292/1/04 REV 1, §1.7.2.

69 UE, 21 juin 2018, Special Committee on Terrorism, Draft Report on findings and Recommendations, Rapporteur: Monika Hohlmeier & Helga Stevens, 2018/2044(INI), §Q.

70 UE, 10 septembre 2009, Proposition de Décision du Conseil relative aux demandes de comparaison avec les données EURODAC présentées par les services répressifs des États membres et Europol à des fins répressives, COM(2009) 344 final, p. 2.

71 UE, 5 décembre 2001, Document de travail de la Commission, Rapport entre la sauvegarde de la sécurité intérieure et le respect des obligations et des instruments internationaux en matière de protection, COM(2001)743 final, §6; *Cf.*, aussi, UE, 31 mars 2003, Network of Independent Experts in Fundamental Rights, The Balance Between Freedom and Security in the Response by the EU and Its Member States to the Terrorist Threats Thematic Comment, §3; UE, 2018/2044(INI), §Q.

peut-être pas très important, la simple circonstance de la gravité de ces infractions et de leur impact sur la société et le quotidien des personnes devrait suffire à justifier une action de niveau européen"[72].

On voit cette approche selon laquelle la gestion des frontières est nécessaire pour la prévention du terrorisme dans les autres actes législatifs ou non-contraignants de l'UE adoptés depuis lors[73]. L'élaboration d'une même politique est devenue nécessaire pour le terrorisme et pour l'immigration y compris le contrôle de l'immigration illégale[74]. La communication de la Commission sur la stratégie de l'UE pour l'union de la sécurité couvrant la période de 2020-2025 continue à souligner la nécessité de créer un "environnement de sécurité", vu l'augmentation des menaces anciennes et nouvelles pour l'UE. La lutte contre les combattants terroristes étrangers dépend fortement au renforcement de la sécurité frontalière selon la Commission[75]. La gestion efficace des frontières extérieures contribue ainsi de manière indéniable à la prévention du terrorisme transfrontalière[76].

---

[72] UE, 10 septembre 2009, Résumé de l'Analyse d'Impact, SEC(2009)937, p. 5. Néanmoins, il faut aussi mentionner que le règlement no 2016/399 contient une clause concernant cette approche. UE, Règlement 2016/399, préambule §26.

[73] *Cf.*, *inter alia*, UE, 4 mai 2010, Conseil européen, Le programme de Stockholm - une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens, 2010/C 115/01; UE, 28 avril 2015, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Le programme européen en matière de sécurité, COM(2015)185 final, p. 6; UE, 27 June 2014, Cover Note from General Secretariat of the Council to Delegations, EUCO 79/14, §10; UE, 15 décembre 2015, Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, Un corps européen de garde-frontières et de garde-côtes et une gestion efficace des frontières extérieures de l'Europe, COM (2015)673 final, p. 9; UE, 15 mars 2017, Règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement 2016/399 en ce qui concerne le renforcement des vérifications dans les bases de données pertinentes aux frontières extérieures, 2017/458, préambule §17; UE, 12 mai 2017, Recommendation 2017/820 de la Commission relative à des contrôles de police proportionnés et à la coopération policière dans l'espace Schengen, JO 13/05/2017 L 122/79; *Cf.*, aussi, **PICKERING**, 2004, p. 213.

[74] *Cf.* UE, 16 avril 2014, Règlement du Parlement européen et du Conseil portant dispositions générales applicables au Fonds "Asile, migration et intégration" et à l'instrument de soutien financier à la coopération policière, à la prévention et à la répression de la criminalité, ainsi qu'à la gestion des crises, 514/2014, JO 20/05/2014 L 150/112; UE 16 avril 2014, Règlement du Parlement européen et du Conseil portant création dans le cadre du Fonds pour la sécurité intérieure, de l'instrument de soutien financier dans le domaine des frontières extérieures et des visas et abrogeant la décision no 574/2007/CE, 515/2014, JO 20/05/2014 L 150/143, pour l'élaboration d'une politique globale en ce qui concerne le soutien financier.

[75] UE, 24 juillet 2020, Communication de la Commission relative à la stratégie de l'UE pour l'union de la sécurité, COM(2020)605final, p. 21.

[76] **Ibid.**, p. 29.

La mise en œuvre de cette politique réunie de la lutte contre le terrorisme et de la gestion de l'immigration se voit plus clairement dans l'échange des fonctions entre les organes de l'UE. D'un côté, on constate que les systèmes visant à lutter contre le terrorisme gagnent un domaine d'action supplémentaire pour lutter contre l'immigration illégale. On observe cette accumulation depuis l'exemple du Club de Vienne qui fut créé en 1979 en réunissant les responsables nationaux de la lutte antiterroriste[77]. Il n'est plus actif mais il constitue le point de départ de cette tendance. L'unification dans la lutte contre les formes graves de criminalité y compris le terrorisme et l'immigration clandestine est aussi marquée dans l'exemple de Trevi[78], qui est considéré comme étant le prédécesseur d'Europol[79]. Nous allons examiner les compétences d'Europol prochainement.

On peut aussi donner comme un exemple spécifique, la mission PSDC (Politique de sécurité et de défense commune) de l'UE au Niger afin de lutter contre le terrorisme (EUCAP SAHEL)[80]. Au début, cette mission visait à lutter contre la criminalité organisée et le terrorisme tout en gardant l'intérêt de l'UE[81]. Avec les modifications apportées par l'article 2 de la décision en l'espèce le mandat de cette mission est élargi à la migration irrégulière[82].

De l'autre côté, les actes visant la gestion des contrôles dans les frontières ont aussi l'objectif élargi de prévention et détection de la criminalité

---

77 CHEVALLIER-GOVERS Constance, **De la cooperation à l'intégration policière dans l'Union Européenne**, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 140.

78 CASALE Davide, "Institutional and Legal Aspects of EU Counter-Terrorism", *in* Centre of Excellence Defence Against Terrorism (ed.), **Legal Aspects of Combating Terrorism**, IOS Press, Asterdam, 2008, pp. 115-130, p. 115-116. Trevi a été créé en 1976 pour la lutte contre le terrorisme et la coopération policière entre les États membres. *Cf.* BAUD Jacques, **Encyclopédie des terrorismes**, Charles-Lavauzelle, 1999, p. 251.

79 Europol a été créé en 1995 avec UE, 26 juillet 1995, Acte du Conseil portant établissement de la convention sur la base de l'article K.3 du traité sur l'UE portant création d'un Office européen de police (convention Europol), 95/C 316/01, JO 27/11/1995 C 316/1.

80 Depuis 2011, avec la chute de Kadhafi ainsi qu'avec le conflit malien, la déstabilisation en Libye a causé des déplacements énormes vers le Niger qui est devenu le pays de transit. L'UE s'est préoccupé par ces changements et a réservé des fonds à ce pays. On observe l'intervention de l'UE sous la bannière du contrôle des frontières qui recouvre la lutte contre la migration illégale et le terrorisme (BOYER Florence / CHAPPART Pascaline, "Les frontières européennes au Niger", **Association Vacarme**, no 83, 2018/2, pp. 92-98).

81 UE, 16 juillet 2012, Décision du Conseil concernant la mission PSDC de l'UE au Niger (EUCAP Sahel Niger), 2012/392/PESC, JO 17/7/2012 L 187/48, article 1.

82 UE, 18 juillet 2016, Décision du Conseil modifiant la décision 2012/392/PESC (...), 2016/1172, JO 19/7/2016 L 193/106, article 1.

transfrontalière, y compris le terrorisme. Le Frontex[83] était créé pour le contrôle de l'immigration dans l'Europe élargie[84]. Néanmoins le terrorisme a pris sa place dans le champ élargi de ses compétences sur la base du point commun de la sécurité frontalière[85]. Sa coopération avec Europol était déjà prévue dès sa création[86]. En 2008, un accord est conclu entre les deux agences[87]. Il concerne l'échange d'information stratégique et technique entre Frontex et Europol[88]. Le but est limité aux crimes dans les compétences d'Europol y compris les infractions terroristes[89]. Étant donné que l'une des tâches principales de Frontex est la gestion des frontières extérieures, la possibilité que la menace terroriste vienne des frontières extérieures est rendue évidente avec cet accord en permettant l'utilisation de ses tâches pour les buts d'Europol. Cet accord est un indicateur apparent de transformation des moyens de contrôler l'immigration en une démarche de lutte contre le terrorisme. L'importance de cette coopération dans la lutte contre le terrorisme est toujours soulignée depuis lors[90].

---

83 Frontex est l'Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne qui est créé par UE, 26 octobre 2004, Règlement du Conseil portant création (...), 2007/2004, JO 25/11/2004 L 349/1. D'après Valsamis Mitsilegas, même la création de Frontex a renforcé la conception des migrants comme un risque apparent. L'auteur indique qu'on est en face d'un double examen des immigrants car le contrôle des frontières est normalement dans la compétence des États membres mais désormais Frontex est aussi compétente pour cela. **MITSILEGAS**, 2004, p. 11-14.

84 *Cf.*, **SÖNMEZ**, 2015, p. 293. Frontex est créé après CIREFI et CIREA qui visaient prévenir la menace présentée par l'immigration illégale.

85 *Cf.* UE, Règlement 2007/2004 et puis UE, Règlement 2016/1624, préambule §18, article 4(a), pour la mention de la prévention du terrorisme comme l'objectif de l'Agence Frontex. L'ambiguïté de la responsabilité juridique de Frontex (*Cf.* UE, 26 novembre 2015, Proposition de résolution du Parlement européen sur le rapport spécial du Médiateur européen dans l'enquête d'initiative OI/5/2012/BEH-MHZ relative à Frontex, 2014/2215 (INI)) et les violations possibles des droits de l'Homme (*Cf.* **MITSILEGAS**, 2004, p. 15-23) ont aussi été fait l'objet des discussions. *Cf.*, par contre, UE, 25 octobre 2011, Règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement 2007/2004 (...), 1168/2011, JO 22/11/2011 L 304/1, qui vise à établir la responsabilité de Frontex et à améliorer le niveau de respect aux droits de l'Homme.

86 UE, Règlement 2007/2004, article 13.

87 Agreement on Operational Cooperation between the European Police Office and the European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders of the Member States of the European Union, 28 March 2008.

88 **Ibid.**, article 3.

89 UE, 95/C 316/01, article 2.

90 UE, 4 mars 2016, Note de Coordinateur de l'UE pour la lutte contre le terrorisme au Conseil, 6785/16, p. 26; Un groupe est aussi créé en 2016 qui est composé des autorités compétentes des États membres, eu-LISA, Frontex, FRA, EASO, Europol et le Coordinateur de l'UE pour la lutte contre le terrorisme. UE, 17 juin 2016, Décision de la Commission instituant le groupe d'experts de haut niveau sur les systèmes d'information et l'interopérabilité, 2016/C 257/03, article 3.

Enfin, l'exemple d'EURODAC constitue la réflexion la plus claire du détournement de la finalité des systèmes utilisés dans la gestion des frontières vers la lutte contre le terrorisme. EURODAC fut créé en 2000 pour une application efficace de la Convention Dublin puis du Règlement Dublin en comparant les empreintes digitales des demandeurs d'asile et des immigrants clandestins[91]. En 2013, la lutte contre le terrorisme est insérée dans son règlement comme l'une de ses fonctions[92]. En plus, les efforts pour renforcer la portée et l'objectif de ce système depuis 2016 se sont concrétisés par le nouveau pacte sur l'asile et la migration. L'objectif de prévention du terrorisme prend également sa place concernant la mise en œuvre du système d'interopérabilité que nous allons prochainement examiner[93]. La gestion des frontières est ainsi prévue comme étant la solution des différents problèmes découlant de l'immigration et du terrorisme.

2. Il faut prévenir la menace terroriste avant le franchissement des frontières

L'immigrant est le terroriste potentiel se cachant dans la foule des immigrants et le terroriste est un immigrant potentiel qui est prêt d'entrer en Europe à tout moment[94]. Cette considération trouve son écho dans le lien opérationnel établit entre le terrorisme et l'immigration en droit de l'UE. Certaines méthodes de la lutte contre le terrorisme constituent les bons exemples de ce lien. Nous cherchons le terroriste parmi les ressortissants des pays tiers dans la mise en œuvre de la méthode de l'interopérabilité (B.). La méthode du profilage, de l'autre côté, met à l'avant certains pays comme source du terrorisme et ses ressortissants comme les terroristes potentiels (A.).

---

91 UE, 11 décembre 2000, Règlement du Conseil concernant la création du système "Eurodac" pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace de la convention de Dublin, 2725/2000, préambule, §3.

92 UE, 26 juin 2013, Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la création d'Eurodac (...), 603/2013, JO 29/06/2013 L 180/1, préambule, §8.

93 UE, 23 septembre 2020, Proposition modifiée de Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la création d'"Eurodac" (...), COM(2020)614final.

94 NAIL Thomas, "A Tale of Two Crises: Migration and Terrorism after Paris Attack", **Studies in Ethnicity and Nationalism**, Vol. 16, no 1, 2016, pp. 158-167, p. 158.

A. L'identification du risque par le profilage

Les actes terroristes sont réalisés aléatoirement sans tenir en compte des techniques classiques de lutte contre la criminalité[95]. Ils nécessitent une intervention avant que le crime ne soit commis et ceci met en avant l'objectif de prévention de la lutte antiterroriste[96]. Prendre du temps pour vérifier la validité des preuves est considéré comme étant une inaction dangereuse[97]. On cherche alors les criminels potentiels en examinant les profils ayant des caractéristiques dangereuses, indésirables[98]. Cette recherche est effectuée par la méthode du profilage.

Le profilage nécessite un examen du taux de récidive des crimes dans les bases de données policières[99]. Le profil est construit à partir du pays d'origine, du sexe, de l'âge etc. des personnes ayant commis des actes terroristes[100]. On en déduit une sorte de portrait-robot du terroriste[101]. Un seul indicateur ou un groupe d'indicateurs nous donnent les caractéristiques d'une personne à risque élevé[102]. Les personnes ayant ces caractéristiques sont surveillées plus que les autres dans un but préventif[103].

---

95 Le domaine politique a une image de future imprévisible et variable. Ceci est la logique des buts préventifs et préemptifs. DE GOEDE Marieke, "The Politics of Preemption and the War on Terror in Europe", **European Journal of International Relations**, 2008, 14(1), pp. 161-185, p. 178. Le terrorisme se distingue des autres formes de criminalité avec son élément objectif "politique" (**SAUL**, 2006, p. 40). Il est donc imprévisible et exige une approche préventive.

96 **DE GOEDE**, 2008, p. 178.

97 BIGO Didier, "The Emergence of a Consensus: Global Terrorism, Global Insecurity, and Global Security", *in* **CHEBEL d'APPOLLONIA / REICH** (eds.), 2008, pp. 67-94, p. 75.

98 **Ibid.**, p. 74, 79.

99 HARCOURT Bernard E., "Muslim Profiles Post-9/11: Is Racial Profiling an Effective Counter-terrorist Measure and does it Violate the Right to be Free from Discrimination", *in* GOOLD Benjamin J. & LAZARUS Liora, **Security and Human Rights**, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2007, pp. 73-99, p. 82-83.

100 SCHOENHOLTZ Andrew I., "Transatlantic Dialogue on Terrorism and International Migration", **International Migration**, Vol. 41 (4), 2003, pp. 173-192, p. 179.

101 BETTATI Mario, **Le terrorisme Les voies de la coopération internationale**, Odile Jacob, Paris, 2013, p. 43.

102 United Nations High Commissioner for Human Rights, Human Rights, Terrorism and Counter-terrorism, fact sheet no 32, introduction, p. 37.

103 MARTIN Susan / MARTIN Philip, "National Security Discussion: International Migration and Terrorism: Prevention, Prosecution and Protection", **Georgetown Immigration Law Journal**, Vol. 18: 329, 2004, pp. 329-344, p. 343.

La violence, étant l'objectif et le moyen des groupes terroristes, rend l'éloignement de la source du danger inévitable[104]. D'une part, les habitants des États et territoires perçus comme source de terrorisme tendent à chercher refuge dans des zones plus sûres, notamment sur le territoire des États membres de l'UE. D'autre part, en raison de leur origine, ces mêmes personnes peuvent être perçues comme un facteur de risque en matière de sécurité par les États où elles tentent de trouver refuge. Et cette tendance est renforcée lorsque, parmi les auteurs d'actes terroristes, se trouvent des ressortissants de ces pays ou des personnes qui se sont servis de ces territoires comme base-arrière pour commettre ces actes. Le pays d'origine devient une caractéristique importante du profil-type terroriste.

Les statistiques d'Europol sur le nombre d'attentats déjoués et sur le nombre de personnes arrêtées dans le cadre de la lutte antiterroriste nous montrent que jusqu'à 2017, il y avait une augmentation constante des personnes concernées par les affaires du terrorisme djihadistes[105]. Même si ce nombre est diminué depuis lors[106], les attentats commis par les djihadistes sont toujours d'une grande publicité. Une autre recherche faite en Royaume-Uni révèle que les personnes en garde à vue pour les infractions terroristes qui se présentent comme les supporteurs de l'idéologie extrémiste islamiste sont en nombre plus important[107]. On observe dans le livre blanc du gouvernement français sur la sécurité intérieure face au terrorisme que "*le profil majoritaire à ce jour concerne des jeunes hommes musulmans de moins de 40 ans"*[108]. Par conséquent, le terrorisme dans l'agenda européen est celui djihadiste et l'image du terroriste est associée aux personnes

---

[104] SCHMID Alex P., "Links between Terrorism and Migration: An Exploration", **International Centre for Counter-Terrorism**, The Hague, 2016, p. 26; *Cf.*, UE, décembre 2018, Asylum Quarterly Report, pour la preuve. Les ressortissants des pays tiers qui ont demandé l'asile sont d'origine syrienne, iraquienne et afghane où on trouve le terrorisme d'Al-Qaïda et "l'État islamique".

[105] UE, 2018, Europol, TESAT Trends Report, p. 9, 10, 55.

[106] UE, 2020, Europol, TESAT Trends Report, p. 11.

[107] Royaum-Uni, 6 December 2018, Home Office, Great Britain quarterly update to September 2018 Statistical Bulletin 29/18. Cette recherche couvre les années entre 2013-2018.

[108] France, 2006, Le livre blanc du gouvernement français sur la sécurité intérieure face au terrorisme, La France face au terrorisme, p. 25; La position de la France par rapport aux musulmans et arabes se voit plus clairement dans France, 5 juillet 2016, Assemblée nationale, **op. cit.** *Cf.*, aussi, France, 2017, Défenseur des droits, Enquête sur l'accès aux droits, Vol. 1, Relations police / population: le cas des contrôles d'identité, p. 16. 51.5% des participants d'une enquête menée en France qui déclarent être perçus comme arabes ont rapporté les expériences de contrôle d'identité.

d'origine musulmane et/ou arabe. Chaque attentat terroriste s'inspirant des idéologies religieuses fortifie cette association.

Aux États-Unis, la plupart des personnes arrêtées dans les enquêtes relatives aux attentats du 11 Septembre étaient d'origine arabe et/ou de la religion musulmane[109]. En Europe, le portrait terroriste dressé est celui qui a frappé Madrid et Londres[110]. Dans les discours de médias aussi il apparaît que l'Islam est au centre de l'attention surtout à cause des attentats de l'État islamique"[111]. Ceci résulte en un traitement différent des autorités chargées de sécurité frontalière par rapport à tous les musulmans et/ou Arabes[112].

Lors de franchissement des frontières, les vérifications de première ligne concernent une comparaison des données du passager avec les bases des données de l'UE, des systèmes nationaux et internationaux. S'il y a une concordance, si la personne a des caractéristiques d'un profil de risque ou si

---

[109] États-Unis, 2003, Department of Justice, The September 11 Detainees: A Review of the Treatment of Aliens Held on Immigration Charges in Connection with the Investigation of the September 11 Attacks, p. 14.

[110] **BETTATI**, 2013, p. 44; ZHIRKOV Kirill / VERKUYTEN Maykel / WEESIE Jeroen, "Perceptions of world politics and support for terrorism among Muslims: Evidence from Muslim countries and Western Europe", **Conflict Management and Peace Science**, Vol. 31 (5), 2014, pp. 481-501, p. 486.

[111] *Cf.*, *inter alia*, The Guardian, 20 juillet 2018, <https://www.theguardian.com/us-news/2018/jul/20/muslim-terror-attacks-press-coverage-study>, Independent, 17 janvier 2003, <https://www.independent.co.uk/news/uk/home-news/crackdown-on-asylum-seekers-would-do-little-to-lessen-threat-124597.html>; The Guardian, 22 avril 2005, <https://www.theguardian.com/politics/2005/apr/22/election2005.immigrationandpublicservices>; Independent, 2 mars 2005, <https://www.independent.co.uk/incoming/reality-for-muslims-is-they-are-more-likely-to-be-stopped-by-police-warns-minister-526928.html>; Reuteurs, 13 septembre 2018 <https://www.reuters.com/article/us-britain-security-terrorism/tony-blair-worlds-strategy-for-countering-islamist-extremism-flawed-idUSKCN1LS34X>; Washington Post, 1 août 2018, <https://www.washingtonpost.com/ news/made-by-history/wp/2018/08/01/the-distortion-of-islam-that-drives-terrorism/?noredirect=on&utm_term=.a686b9bdc02d>, consulté 30 janvier 2019. Dans une recherche menée sur 617 articles du journal LeMonde publié dans les années 2015-2016, l'auteur observe que le média se réfère à l'Islam en accompagnement du terrorisme, qui a un effet direct de l'image des musulmans parmi les membres de la société. SHEVCHENKO Polina, "Images 0of Muslims on Lemonde.fr during the period of terrorist attacks in Europe in 2015-2016", **Druzboslovne Razprave**, XXXV, 2019, pp. 73-91.

[112] *Cf.* DOOSJE Bertjan / ZIMMERMANN Anja / KÜPPER Beate / ZICK Andreas / MEERTENS Roel, "Terrorist Threat and Perceived Islamic Support for Terrorist Attacks as Predictors of Personal and Institutional Out-Group Discrimination and Support for Anti-Immigration Policies. Evidence from 9 European Countries", Presses universitaires de Grenoble, **Revue internationale de psychologie sociale**, Tome 22, 2009/3, pp. 203-233; *Cf.*, HARDIN Russell, "Civil Liberties in the Era of Mass Terrorism", **The Journal of Ethics**, 8, 2004, pp. 77-95, p. 80, pour le profilage precedent des afro-américains qui est maintenant remplacé avec le profilage des jeuns arabes.

l'agent suspecte cette personne, une deuxième vérification devient nécessaire[113]. D'après une recherche menée par l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne (FRA), la nationalité est à 90% déterminante lorsque l'ethnicité est à 79% déterminante dans l'observation de l'irrégularité de rentrée au territoire européen[114].

Afin d'obtenir l'information sur les mouvements djihadistes, les autorités chargées de la sécurité frontalière questionnent les musulmans et Arabes venant des pays sur le territoire desquels le terrorisme s'exerce[115]. Le personnel travaillant dans les aéroports fait plus d'attention à ces personnes. Ce sont plutôt les Arabes et les musulmans dont les bagages sont cherchés ou qui sont interrogés dans les aéroports[116]. Ou bien, les contrôles policiers sont effectués surtout pour les immigrants ou des personnes appartenant aux minorités ethniques[117].

À part ces pratiques, nous observons que le profilage[118] figure parmi les méthodes qu'utilise Frontex. Ce dernier fait effectivement usage du

---

[113] UE, FRA (*European Agency for Fundamental Rights*), 2018, Preventing unlawful profiling today and in the future: a guide, p. 54.

[114] UE, FRA, 2014, Fundamental Rights at Airports: Border Checks at Five International Airports in the European Union, p. 46.

[115] **MARTIN / MARTIN**, 2004, p. 343; On doit aussi met l'accent sur le fait que les États-Unis avaient une dominance de déterminer l'ennemi contre lequel la guerre antiterroriste doit être menée. Taliban était l'une des raisons pour laquelle la guerre était déclarée contre Afghanistan mais dans la période suivante où on a séparé le Taliban d'Al-Qaïda, la guerre n'a jamais été menée vers les pays comme Arabie Saoudite même si la plupart des assaillants étaient de cette origine.

[116] HARRIS David, **Profiling in Injustice; Why Racial Profiling Cannot Work**, The New York Press, 2002, p. 140-143; Le renforcement des contrôles aux frontières et la mise en place des interrogatoires des personnes ou de groupes est l'une des caractéristiques du profilage ethnique qui est défini comme "*l'utilisation par la police, sans justification objective et raisonnable, de motifs tels que la race, la couleur, la langue, la religion, la nationalité ou l'origine nationale ou ethnique dans des activités de contrôle, de surveillance ou d'investigation*" par la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance. Conseil de l'Europe, 4 octobre 2007, Commission européenne contre le racisme et l'intolérance, Recommandation de politique générale no 11 de l'ECRI, §I, 1; MIJATOVIĆ Dunja, "Le profilage ethnique: une pratique persistante en Europe", **Le carnet des droits de l'Homme**, 9 mai 2019.

[117] L'information est collectée en interrogeant 25 515 personnes parmi celles appartenant aux minorités ethniques différentes et les immigrants. 14% des participants étaient contrôlés par la police dans les dernières 12 mois précédent l'enquête. UE, 2017, FRA, Second European Union Minorities and Discrimination Survey. Main Results, EU-MIDIS II, p. 16.

[118] Dans la législation de l'UE, le profilage est défini comme "*toute forme de traitement automatisé de données à caractère personnel consistant à utiliser ces données à caractère personnel pour évaluer certains aspects personnels relatifs à une personne physique, notamment pour analyser*

profilage dans les frontières et chez les garde-côtes[119]. Au moment du contrôle dans les frontières, les activités sont surveillées sur la base des informations collectées concernant les comportements, les routes, les moyens de transportation, les appartenances, les compagnons[120].

Quand on parle spécifiquement de la lutte contre le terrorisme, l'exemple le plus concret de la mise en œuvre officielle de la méthode du profilage est le cas de PNR (*Passenger Name Records* - données des dossiers passagers). L'histoire de PNR a commencé juste après les attentats du 11 Septembre avec l'*Aviation and Transportation Security Act*. Les États-Unis demandent aux compagnies aériennes de partager les données des passagers avec leurs autorités douanières. Les compagnies aériennes évaluent des risques de chaque passager afin de créer un profil correspondant à la liste tenue[121]. On cherche donc les passagers à haut risque qui sont définis comme "*un passager qui correspond à une certaine catégorie de risques*"[122]. Les données PNR sont utilisées pour le profilage basé sur le passé des individus et les relations possibles qu'ils peuvent avoir[123]. Ce système est petit à petit mis en œuvre en droit de l'UE par la conviction progressive de différents organes comme nous allons voir en détail dans la deuxième partie. Il prend sa place en tant qu'une des actions importantes de l'UE face à la menace terroriste[124]. L'importance de l'usage

---

ou prédire des éléments concernant le rendement au travail, la situation économique, la santé, les préférences personnelles, les intérêts, la fiabilité, le comportement, la localisation ou les déplacements de cette personne". UE, 27 avril 2016, Directive du Parlement européen et du Conseil relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel (...), 2016/680, JO 04/05/2016 L 119/89, article 3(4); UE, 27 avril 2016, Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (...), 2016/679, JO 04/05/2016 L 119/1, article 4(4).

119 UE, 12 Juin 2017, Frontex, Common Core Curriculum, 3.1., JC 4.43; 3.1., JC 4.62.

120 UE, 12 Juin 2017, Frontex, Common Core Curriculum, 3.1.17.

121 *Cf.*, ARGOMANIZ Javier, "When the EU is the 'Norm-taker': The Passenger Name Records Agreement and the EU's Internalization of US Border Security Norms", **European Integration**, Vol. 31, no 1, 2009, pp. 119-136, p. 130, pour cet examen.

122 UE, 6 novembre 2007, Résumé de l'analyse d'impact, SEC(2007)1422, p. 3.

123 BROUWER Evelien, "The EU Passenger Name Record System and Human Rights. Transferring passenger data or passenger freedom?", **CEPS Working Document**, no 320, September 2009, p. 3.

124 *Cf.* UE, <https://www.consilium.europa.eu/fr/policies/fight-against-terrorism/#:~:text=%C3%80%20la%20suite%20d'une,de%20lutte%20contre%20le%20terrorisme.&text=Les%20actions%20men%C3%A9es%20par%20l,des%20contr%C3%B4les%20aux%20fronti%C3%A8res%20ext%C3%A9rieures>, consulté le 10 mars 2020.

efficace des données PNR est également soulignée dans la stratégie pour l'union de la sécurité de 2020 par la Commission, considérant ses effets sur la réduction de l'immigration irrégulière et l'identification des personnes à haute risque pour la sécurité[125]. Il s'agit ainsi l'usage de ces données par les autorités administratives pour l'identification des personnes à haut risque qui ne sont pas soupçonnées d'infractions terroristes[126]. C'est-à-dire qu'il existe une la déjudiciarisation de la répression dans les États-membres de l'UE, comme dans la lutte américaine contre le terrorisme[127].

Toutes ces politiques et pratiques montrent que la lutte antiterroriste de l'UE se base ainsi sur la présomption selon laquelle la menace terroriste vient à travers les frontières et que le terroriste ayant les mêmes caractéristiques que le profil-type peut être identifié avant le franchissement des frontières. Les exemples spécifiques de la compétence de Frontex et du cas de *PNR* ne font pas, par contre, preuve d'un ciblage des ressortissants des pays tiers dans le droit de l'UE. Dans ce cas-là, une autre méthode, qui s'appelle l'interopérabilité, sera notre constat principal de la pratique discriminatoire affirmée dans le droit de l'UE.

B. La recherche du profil à risque par l'interopérabilité

La facilité que pose la méthode de profilage pour la prévention des actes terroristes nécessite une analyse profonde de toutes les données auxquelles on a accès. L'objectif est de collecter toutes les informations dans un seul centre pour qu'on puisse analyser toutes les données afin de prévoir l'avenir[128]. Étant consciente de ce fait, l'UE souhaite de renforcer les relations entre ses bases de données. La nature de ces bases de données est apte à concrétiser le lien entre l'immigration et le terrorisme.

---

[125] UE, 24 juillet 2020, COM(2020)605final, p. 28.

[126] On observe l'aveu de ce fait dans le document suivant: UE, 27 avril 2016, Directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'utilisation des données des dossiers passagers (PNR) pour la prévention et la détection des infractions terroristes et des formes graves de criminalité, ainsi que pour les enquêtes et les poursuites en la matière, 2016/681, JO 04/05/2016 L 117/132, préambule, §7. "*L'évaluation des données PNR permet d'identifier des personnes qui n'étaient pas soupçonnées de participation à des infractions terroristes ou à des formes graves de criminalité avant cette évaluation*".

[127] *Cf.*, DELMAS-MARTY Mireille, "Violence et massacres: entre droit pénal de l'ennemi et droit pénal de l'inhumain", **Dalloz RSC**, 2009, pp. 59 et s., pour l'usage de cette expression concernant les combattants illégaux.

[128] **BIGO**, 2008, p. 75.

Depuis 2002, le renforcement de l'efficacité de l'échange d'information et de l'interopérabilité est à l'ordre du jour de l'UE[129]. Chaque attaque terroriste réalisée en Europe fortifie cette tendance[130]. En outre, l'augmentation des flux migratoires depuis 2015 est mentionnée comme une des raisons de l'exigence de renforcer l'échange d'information et l'interopérabilité[131]. Celle-ci est une méthode utilisée pour la gestion des déplacements migratoires, qui sont aussi considérés comme une source du terrorisme. Avec la "sécurisation" de l'immigration naît la nécessité de renforcer les contrôles aux frontières afin de lutter contre le terrorisme. La sécurité aux frontières est ainsi liée à la vérification des toutes les personnes par le biais du développement des systèmes d'information de l'UE[132].

On entend par interopérabilité: "*la capacité qu'ont les systèmes d'information et les processus opérationnels dont il constituent le support*

---

[129] *Cf.* UE, 28 mai 2002, Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité de régions, Plan d'action eEurope 2005, une société de l'information pour tous, COM(2002)263 final; UE, 2004, European Commission, European Interoperability Framework for Pan-European eGovernment Services; UE, 24 novembre 2011, Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur le renforcement de l'efficacité et de l'interopérabilité des bases de données européennes dans le domaine de la justice et des affaires intérieures et sur la création de synergies entre ces bases, COM(2005)597 final.

[130] *Cf.*, par exemple, UE, 6 avril 2016, Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, Des systèmes d'information plus robustes et plus intelligents au service des frontières et de la sécurité, COM(2016)205 final, pour la réaction de l'UE après les attentats à Paris en 2015 et à Bruxelles en 2016; On peut aussi donner l'exemple de l'attentat manqué du 21 août 2015 dans le train à grande vitesse Thalys marquant la nécessité de l'échange d'information entre les services répressifs et les services de sécurité car l'assaillant avait fait de nombreux déplacements en Europe sans ayant été identifié. UE, 5 octobre 2015, Note de Coordinateur de l'UE pour la lutte contre le terrorisme au Conseil, 12318/15; UE, 24 mars 2016, Déclaration commune des ministres européens de la justice et de l'intérieur et des représentants des institutions de l'UE sur les attentats terroristes perpétrés le 22 mars 2016 à Bruxelles, 158/16, §5.

[131] UE, 17 novembre 2017, CEPD, Document de synthèse sur l'interopérabilité des systèmes d'information au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, §1.

[132] BALDACCINI Anneliese, "Counter-Terrorism and the EU Strategy for Border Security: Framing Suspects with Biometric Documents and Databases", **European Journal of Migration and Law**, 10 (2008), pp. 31-49, p. 32; *Cf.*, aussi, UE, 15 décembre 2015, Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement 562/2006 en ce qui concerne le renforcement des vérifications dans les bases de données pertinentes aux frontières extérieures, p. 2. Cet acte n'est plus en vigueur mais il est utile de voir l'approche de la Commission par rapport à l'échange d'information afin de protéger les frontières; *Cf.*, aussi, UE, Règlement 1052/2013, article 12(2)(a), sur la création d'Eurosur pour le contrôle dans les frontières extérieures pour lutter contre l'immigration illégale et la criminalité transfrontalière.

d'échanger des données et d'assurer le partage des informations et des connaissances"[133]. À cet effet, l'échange d'information est perçu comme l'un des moyens les plus efficaces de la lutte antiterroriste, car la police et les autorités chargées de la sécurité intérieure peuvent utiliser les renseignements collectés par les autres États membres et les institutions de l'UE pour empêcher les attaques terroristes[134]. Il faut brièvement examiner les systèmes d'information en question, qui ont progressivement gagné importance dans la lutte contre le terrorisme.

Le VIS[135] permettait dès sa création le traitement des données des non-ressortissants de l'UE pour la lutte contre le terrorisme[136]. Les données conservées dans le VIS sont déterminées selon les pays soumis à l'obligation de visa. L'obligation de visa est posée par une évaluation faite au cas par cas en prenant en compte divers critères comme l'immigration clandestine, la sécurité, l'ordre public de ces pays ou les relations extérieures de l'UE avec ces pays[137]. C'est-à-dire que les pays, qui sont considérés comme étant une menace possible à la sécurité de l'UE, sont soumis à l'obligation de visa. Les ressortissants de ces pays deviennent ainsi le cible du traitement des données pour la lutte contre le terrorisme.

---

[133] UE, 2004, European Commission, European Interoperability Framework for Pan-European eGovernment Services, §1.1.2.; On observe que cette définition n'a pas beaucoup changé depuis lors. *Cf.*, UE, 12 décembre 2017, European Commission Fact Sheet, Interoperability of EU Information systems for security, border and migration management.

[134] **CHEVALLIER-GOVERS**, 1999, p. 91; **BALDACCINI**, 2008, p. 46. *Cf.*, par exemple, UE, 15 mars 2017, Directive du Parlement européen et du Conseil relative à la lutte contre le terrorisme et remplaçant la décision-cadre 2002/475/JAI du Conseil et modifiant la décision 2005/671/JAI du Conseil, 2017/541, JO 31/03/2017 L 88/6, préambule §24; UE, COM(2009)344 final, p. 3 sur l'insuffisance de décision Prüm (UE, 23 juin 2008, Décision du Conseil relative à l'approfondissement de la coopération transfrontalière, notamment en vue de lutter contre le terrorisme et la criminalité transfrontalière, 2008/615/JAI) et de Décision-cadre 2006/960/JAI du 18 décembre 2006 qui soulignent la nécessité de l'échange d'informations dans la lutte contre le terrorisme.

[135] VIS (*Visa Information System*) vise à l'échanger les données sur les visas entre les États membres. UE, 9 juillet 2008, Règlement du Parlement européen et du Conseil concernant le système d'information sur les visas (VIS) et l'échange de données entre les États membres sur les visas de court séjour, 767/2008, JO 13/08/2008 L 218/60.

[136] UE, COM(2005)597 final, §3.2; Le règlement de VIS contient une disposition permettant d'utiliser ses données pour la prévention, la détection et l'investigation des infractions terroristes. UE, Règlement 767/2008, article 3.

[137] UE, 15 mars 2001, Règlement du Conseil fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des États membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation, 539/2001, JO 21/03/2001 L 81/1, préambule, §5.

Pour le SIS[138], utilisé pour le signalement de non-admission ou d'interdiction de séjour des ressortissants de pays tiers, il s'agit un élargissement de ses compétences dans le temps. Il a acquis plus de fonctions dans la lutte contre le terrorisme[139], conformément à la volonté des États membres[140]. Les systèmes d'information récemment créés comme l'EES[141], autorisent également l'accès d'Europol aux données pour l'objectif principal de la prévention et de la détection des infractions terroristes[142].

Le cas d'EURODAC[143] prend une place plus importante pour montrer la transformation des systèmes visant à contrôler les déplacements en des systèmes de la lutte contre le terrorisme. Au moment de la création d'EURODAC, l'accès à ses données enregistrées était limité à l'État membre d'origine, qui effectue le transfert des données à l'unité centrale[144]. Mais selon la Commission, la consultation des données d'EURODAC par les services répressifs constitue le moyen le plus proportionné et le moins

---

138 SIS II (*Schengen Information System*) vise à renforcer la sécurité et à faciliter la libre circulation au sein de l'espace Schengen. UE, 20 décembre 2006, Règlement du Parlement européen et du Conseil sur l'établissement, le fonctionnement et l'utilisation du système d'information Schengen de deuxième génération (SIS II), 1987/2006, JO 28/12/2006 L 318/4, §10.

139 UE, 29 avril 2004, Règlement du Conseil concernant l'attribution de certaines fonctions nouvelles au Système d'information Schengen, y compris dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, 871/2004, JO 30/04/2004 L 162/29. Ce règlement permet l'accès des autorités nationales aux enregistrements de SIS.

140 UE, 1999/C 19/01, §43(1)(c); *Cf.* France, 5 juillet 2016, Assemblée nationale, **op. cit.**, p. 294, propositon no 36 pour le support de France sur l'accès d'Europol au sysyème d'information Schengen.

141 EES (*Entry/Exit System*) vise à enregistrer les informations générales des ressortissants de pays tiers circulant dans l'espace Schengen pour un court séjour. UE, 30 novembre 2017, Règlement du Parlement européen et du Conseil portant création d'un système d'entrée/de sortie (...), 2017/2226, JO 09/12/2017 L 327/20.

142 UE, Règlement 2017/2226, article 33.

143 EURODAC est un système central gérant la base de données dactyloscopiques des demandeurs d'asile et certains catégories d'étrangers. UE, Règlement 2725/2000, préambule, article 1(2); *Cf.* UE, 25 March 2004, European Council Declaration on Combating Terrorism, p. 7. Selon les propositions dans le cadre du nouveau pacte sur la migration et l'asile, le système EURODAC comprendra un répertoire commun des données d'identité gérant une base de données biométriques, informatisée et centrale et des moyens de transmissions électroniques. UE, 23 septembre 2020, Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la création d'"Eurodac" (...), COM(2020)614 final, §3.

144 Ce qu'on entend par l'État membre d'origine est un État membre qui transmet les données à caractère personnel à l'unité centrale et reçoit les résultats de la comparaison dans le cas d'un demandeur d'asile; qui transmet ces données à l'unité centrale dans le cas d'une personne visée à l'article 8 et 11. UE, Règlement 2725/2000, article 2. "*L'État membre d'origine est seul habilité à modifier, en les rectifiant ou en les complétant, les données qu'il a transmises à l'unité centrale, ou à les effacer...*", UE, Règlement 2725/2000, article 15(3).

cher pour combattre le terrorisme[145]. C'est pourquoi l'objectif principal du règlement de 2013 d'EURODAC est fixé sur la comparaison de ses données avec les autorités répressif des États membres et Europol[146]. Depuis 2016, une révision du système EURODAC est dans l'agenda de la Commission[147] et elle est reprise dans le nouveau pacte sur la migration et l'asile[148]. Ces propositions soulignent également l'efficacité d'accès d'Europol et des autorités nationales au système EURODAC pour la prévention des infractions terroristes[149]. De plus, le 9 décembre 2020, la Commission européenne a proposé l'extension des compétences d'Europol afin de s'adapter à l'évolution des menaces pour la sécurité[150].

En plus de tout cela, une interopérabilité plus grande est petit à petit mise en œuvre dans ces dernières années. L'objectif est d'éviter les conséquences de la possibilité que "*les personnes éventuellement impliquées dans des activités terroristes peuvent être enregistrées dans des bases de données différentes et non interconnectées*"[151]. En 2017, la Commission européenne a proposé la collecte des données d'identité biographiques et biométriques des ressortissants de pays tiers, qui sont enregistrés dans EURODAC, le VIS, l'EES, l'ETIAS[152], l'ECRIS-TCN[153], dans une base

---

145 UE, COM(2009)344 final, p. 7-8. *Cf.*, aussi, UE, COM(2005)597 final, §4.1, 5.2., pour son intention d'élargir ce domaine aux autorités chargées de la sécurité intérieure et de faire usage de ces données dans la lutte contre le terrorisme.

146 UE, Règlement 603/2013, article 7.

147 UE, 4 mai 2016, Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la création d'"Eurodac" (...), COM(2016)272final.

148 UE, COM(2020)614final.

149 UE, COM(2020)614final, article 1§d.

150 UE, 9 décembre 2020, Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement 2016/794 (...), COM(2020)796 final. Le CEPD met l'accent sur la manque de clarité du rôle et des responsabilités juridiques exactes d'Europol dans la proposition. CEPD, 8 mars 2021, Opinion on the Proposal for Amendment of the Europol Regulation, Avis 4/2021. La prise en compte de ses avis est à voir après l'adoption du dit règlement.

151 UE, COM(2017)794 final, p. 1.

152 ETIAS (*European Travel Information and Authorisation System*) vise à gérer les informations des ressortissants de pays tiers qui sont exemptés de l'obligation de visa. UE, Règlement 2016/1624.

153 ECRIS-TCN (*European Criminal Record Information System for third-country nationals*) vise à échanger d'information sur les ressortissants de pays tiers qui sont condamné antérieurement dans un État membre. *Cf.* UE, COM(2017)793 final, p. 4-5; *Cf.* aussi COM(2018)478 final et COM(2018)480 final pour les modifications dans les propositions afin de mettre à jour les propositions précédentes; Il faut aussi mentionner que COM(2017)794 final concerne EURODAC, SIS et ECRIS-TCN et Europol lorsque COM(2017)793 final concerne VIS, SIS, EES et ETIAS.

unique. Un accord provisoire est conclu entre le Parlement européen et le Conseil en février 2019 depuis ces propositions[154]. En mai 2019, les règlements relatifs à l'établissement d'un cadre pour l'interopérabilité sont finalement adoptés[155]. Ces règlements font référence aux objectif de prévention et la détection des infractions terroristes, ainsi que l'objectif de prévention de l'immigration illégale, tout en maintenant la sécurité dans les frontières extérieures[156]. La création d'un portail de recherche européen, un détecteur d'identités multiples, un service partagé d'établissement de correspondances biométriques et un répertoire commun de données d'identité sont ainsi officialisés.

Le nouveau pacte sur la migration et l'asile inclut également la mise en œuvre d'un système de filtrage dans les frontières extérieures pour les ressortissants des pays tiers[157]. Ce système vise à identifier les personnes qui représentent une menace pour la sécurité de l'UE[158]. L'identification est faite par l'usage de toutes les bases de données que nous avons mentionnées, c'est-à-dire par la méthode de l'interopérabilité. Le CEPD observe que les modalités du traitement des données pour l'identification des personnes qui représentent une menace pour la sécurité ne sont pas assez claires[159]. Le contrôle judiciaire et la période de la conservation doivent être précisément indiqués afin de garantir la protection des données des ressortissants des pays tiers selon lui.

L'importance de l'interopérabilité pour notre sujet est liée aux titulaires des données dont il s'agit. Étant donné que les systèmes d'information susmentionnés ne concernent que les données des ressortissants des pays tiers, on lutte contre le terrorisme en cherchant les terroristes parmi les non-

---

[154] UE, 5 février 2019, Conseil de l'UE, <https://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2019/02/05/interoperability-between-eu-information-systems-council-presidency-and-european-parliament-reach-provisional-agreement/>, consulté le 18 novembre 2020.

[155] UE, 20 mai 2019, Règlement du Parlement européen et du Conseil portant l'établissement d'un cadre pour l'intéropérabilité des systèmes d'information de l'UE dans le domaine des frontières et des visas (...), 2019/817, JO 22/05/2019 L 135/27; UE, 20 mai 2019, Règlement du Parlement européen et du Conseil portant établissement d'un cadre pour l'intéropérabilité des systèmes d'information de l'UE dans le domaine de la coopération policière et judiciaire, de l'asile et de l'immigration (...), 2019/818, 22/05/2019 L 135/85.

[156] UE, Règlement 2019/817, §9, article 2; UE, Règlement 2019/818, §9, article 2.

[157] UE, 23 septembre 2020, Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil établissant un filtrage des ressortissants des pays tiers (...), COM(2020)612 final.

[158] **Ibid.**, article 11.

[159] UE, 30 novembre 2020, CEPD, Avis 9/2020, §31.

ressortissants de l'UE. Le CEPD mentionne depuis longtemps les problèmes que le renforcement de l'échange d'information peut poser sur les droits des personnes concernées[160]. Il met l'accent sur le fait que l'accès des autorités policières à ces données est une faculté ajoutée à un stade ultérieur[161]. Puisque ces bases de données contiennent les informations relatives aux ressortissants des pays tiers, on considère que la consultation de ces bases pour la prévention des actes terroristes est susceptible de créer une présomption selon laquelle il est plus probable que les ressortissants des pays tiers commettront les actes terroristes. Le CEPD a pris connaissance de ce ciblage et a proposé de traiter les ressortissants des pays tiers et les ressortissants ou résidents de l'UE de la même manière, par l'établissement d'un registre pour ces derniers aussi[162]. Les développements récents ne semblent pas être conformes à ces propositions.

Par conséquent, les discours de la "sécurisation" de l'immigration, en renforçant les contrôles aux frontières et en soutenant la conception selon laquelle la menace pour la sécurité vient à travers les frontières, se concrétisent dans la législation de l'UE avec la mise en œuvre de l'interopérabilité entre les systèmes ayant différents buts initiaux de création. Il s'est avéré que tous ces systèmes ont désormais un objectif de prévention du terrorisme en contrôlant les passages aux frontières.

II. QUELLES CONSEQUENCES SUR LES DROITS DES IMMIGRANTS ?

Dans la mise en œuvre des méthodes du profilage et de l'interopérabilité, il s'agit la surveillance d'une vaste catégorie des personnes et des données afin de deviner l'acte terroriste avant sa commission. Cette surveillance peut principalement constituer une ingérence au droit à la vie privée des personnes concernées. Pour le ciblage des ressortissants des pays tiers, le problème principal se pose dans le respect au principe de non-discrimination en lien avec le droit à la vie privée. Cependant, le traitement de leurs données pour la lutte contre le terrorisme n'est pas accompagné avec des mesures spécifiques de la protection du droit

---

160 UE, 5 septembre 2012, CEPD, Avis sur la proposition modifiée de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la création du système EURODAC pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace du règlement [.../...], §33.

161 UE, 17 novembre 2017, CEPD, §30.

162 UE, 16 avril 2018, CEPD, Avis 4/2018, §44.

à la vie privée. Dans cette deuxième partie, il faut ainsi se tourner vers les arrêts de la Cour de Justice de l'UE et de la CEDH en la matière, afin d'examiner les conséquences des méthodes de la lutte contre le terrorisme sur les droits des immigrants. Nous observons que la Cour de Justice, dans les limites de ses compétences, fournit une protection assez efficace quand il s'agit les ressortissants de l'UE (1.). Pour ce qui concerne les ressortissants des pays tiers, le rôle de la Cour de Justice de l'UE ainsi que de la CEDH devient très difficile pour trouver un équilibre (2.).

1. La protection principale des ressortissants de l'Union européenne

Quand on cherche les arrêts de la Cour de Justice de l'UE ou de la CEDH liés à notre sujet, on en trouve certains, qui traitent les questions indirectement liées aux problèmes qu'on a constatés dans la première partie. La protection qu'assure la Cour de Justice concerne plutôt les ressortissants de l'UE, conformément à son rôle principal[163]. Nous observons que les risques qui reposent sur les droits des personnes surveillées dans la lutte contre le terrorisme sont évités lorsqu'il s'agit la protection adéquate des données des ressortissants de l'UE aux États-Unis (A.). Le côté de la surveillance généralisée et indifférenciée des méthodes susmentionnées est également condamné par les deux hautes cours européennes (B.).

A. La question du niveau de protection des données aux États-Unis

Les critères du respect du droit à la vie privée pour les ressortissants de l'UE dépendent des plusieurs actes en la matière[164]. Ce qui nous intéresse est

---

[163] Dans son arrêt *Heinz Huber*, il s'agit le traitement des données des non-ressortissants d'un État-membre d'abord pour gérer les affaires relatives au droit de séjour des étrangers. Ensuite, l'objectif de la lutte contre la criminalité est ajouté à une stade ultérieure. Même si l'objectif de la lutte contre la criminalité est un but légitime, elle ne justifie pourtant pas le traitement systématique des données des non-ressortissants de l'État en question de manière différente que ses ressortissants. UE, 16 décembre 2008, Arrêt de la Cour de Justice (Grande Chambre), C-524/06. Cette jurisprudence est importante au regard des problèmes que nous avons constatés dans la première partie, car le détournement de finalité pour le traitement des données était au cœur de la mise en œuvre de la méthode d'interopérabilité. Néanmoins, l'examen de la Cour de Justice assure une protection équivalent pour tous les ressortissants de l'UE et non pour les ressortissants des pays tiers.

[164] UE, 24 octobre 1995, Directive du Parlement européen et du Conseil relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation des données, 95/46/CE, JO 23/11/1995 L 281/31; UE, Directive 2016/680. Ces directives prévoient une exception des mesures prises tant pour la sûreté de l'État, la défense et la sécurité publique que pour la prévention des infractions pénales car elles étaient hors de la compétence communautaire. Mais l'exclusion de certains domaines nationaux dans

plutôt le cas de la protection des données lors de ses transferts, quand on parle de la lutte contre le terrorisme. À cet égard, l'exigence de la protection adéquate est le principe fondamental à respecter dans le droit de l'UE. Si le pays, vers lequel les données à caractère personnel sont transférées, n'offre pas une protection équivalente à celle de l'UE, le transfert de données doit être interdit depuis la directive 95/46/CE relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation des données[165]. Cette exigence est d'abord au cœur de l'histoire de PNR devant la Cour de Justice de l'UE. Les organes de l'UE insistent sur la mise en œuvre des accords liés au transfert des dossiers passagers, tandis que la Cour de Justice essaye de primer la protection des données des ressortissants européens.

D'abord, la Commission avait constaté que le niveau de protection des données personnelles était adéquat aux États-Unis dans une décision de 2004[166]. Le Conseil de l'UE avait également adopté une décision concernant la conclusion d'un accord entre les deux côtés de l'Atlantique le 17 mai

---

l'échange des données personnelles a exigé une protection supplémentaire qui est fournie par la décision-cadre 2008/977/JAI. *Cf.*, CATELAN Nicolas / CIMAMONTI Sylvie / PERRIERR Jean-Baptiste, "La lutte contre le terrorisme dans le droit et la jurisprudence de l'Union européenne", **Recherche réalisée avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice**, Rapport final novembre, Synthèse, 2012, p. 5, pour ce commentaire. Puis, la création d'une autorité spécifique pour le contrôle des activités traitant les données à caractère personnel est prévue en 2001 dont les avis on a beaucoup consulté dans ce travail. UE, 18 décembre 2000, Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la protection des personnes phyysiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions et organes communautaires et à la libre circulation de ces données, 45/2001, JO 12/01/2001 L 8/1, article 1(2). Plus on a facilité l'échange d'information, plus on a eu besoin d'une protection accrue avec l'adoption de plusieurs textes au sein de l'UE. *Cf.*, par exemple, UE, 27 novembre 2008, Décision-cadre du Conseil relative à la protection des données à caractère personnel traitées dans le cadre de la coopération policière et judiciaire en matière pénale, 2008/977/JAI, JO 30/12/2008 L 350/60 qui est abrogée par UE, Directive 2016/680; UE, 18 décembre 2006, Décision-cadre du Conseil relative à la simplification de l'échange d'informations et de renseignements entre les services répressifs des États membres de l'UE, 2006/960/JAI, 29/12/2006 L 386/89, article 8. *Cf.*, aussi, UE, Charte des droits fondamentaux de l'UE, 2000/C 364/01, JO 18/12/2000 C 364/1, articles 7-8; UE, Traité sur le fonctionnement de l'UE, JO 26/10/2012, C 326/47, article 16; Conseil de l'Europe, 28 janvier 1981, Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, Série des traités européens, no 108, article 5(b); Conseil de l'Europe, 4 novembre 1950, Convention européenne des droits de l'Homme, article 8.

165 UE, Directive 95/46/CE, préambule, §57, article 25; UE, Directive 2016/680, article 35-36.

166 UE, 14 mai 2004, Décision de la Commission relative au niveau de protection adéquat des données à caractère personnel contenues dans les dossiers des passagers aériens transférés au Bureau des douanes et de la protection des frontières des États-Unis d'Amérique, 2004/535/CE, JO 06/07/2004 L 235/11.

2004[167]. L'accord était conclu le 28 mai 2004 mais les critiques n'ont jamais arrêtées[168].

Puis, la décision du Conseil et l'accord[169] ainsi que la décision de la Commission[170] furent annulées par la Cour de Justice, non pas pour ces critiques mais en raison de sa base juridique erronée. La Cour de Justice a évalué la décision de la Commission d'après sa finalité pour vérifier s'il s'agissait d'une activité découlant du droit communautaire. Mais le transfert des données était effectué pour la lutte contre le terrorisme, qui relève du droit pénal, un domaine relevant de la compétence des États et non du droit de l'Union[171]. Elle n'a donc pas effectué un contrôle sur le niveau adéquat de la protection offerte par les États-Unis. Elle a cependant annulé les décisions concernées. Le CEPD critiquait cette position de la Cour de Justice[172] en ce qu'elle a examiné seulement la procédure utilisée mais pas le contenu.

---

[167] UE, 17 mai 2004, Décision du Conseil concernant la conclusion d'un accord entre la Communauté européenne et les États-Unis d'Amérique sur le traitement et le transfert de données PNR par des transporteurs aériens au bureau des douanes et de la protection des frontières du ministère américain de la sécurité intérieure, 2004/496/CE, JO 20/05/2004 L 183/83.

[168] *Cf.*, **ARGOMANIZ**, 2009, p. 123, pour ce commentaire concernant le non-respect aux obligations que pose UE, Directive 95/46/CE, article 25; Le Parlement européen avait aussi une position défavorable préoccupée par le niveau de la protection des droits des individus. *Cf.*, UE, 18 novembre 2008, Résolution du Parlement européen sur la décision-cadre du Conseil relative à l'utilisation des dossiers passagers à des fins répressives, P6_TA(2008)0561; UE, 5 mai 2010, Résolution du Parlement européen du 5 mai 2010 sur le lancement des négociations sur les accords relatifs aux données des passagers aériens avec les États-Unis, l'Australie et le Canada, P7_TA(2010)0146. On observe cette même approche dans la consultation du Parlement sur la proposition de décision-cadre du Conseil relative à la protection des données à caractère personnel traitées dans le cadre de la coopération policière et judiciaire en matière pénale (COM(2005)0475). UE, 14 juin 2006, P6_TA(2006)0258.

[169] UE, 30 mai 2006, Arrêt de la Cour de Justice (Grande Chambre), C-317/04 et C-318/04, §56-59; La raison étant que le transfert des données PNR concerne la sécurité publique et l'action gouvernementale en matière pénale qui ne relève pas du cadre du premier pilier. *Cf.*, MITSILEGAS Valsamis, "Coopération antiterroriste États-Unis/Union européenne: l'entente cordiale", *in* BIGO Didier / BONELLI Laurent / DELTOMBE Thomas (dir.), **Au nom du 11 septembre... Les démocraties à l'épreuve de l'antiterrorisme**, Éditions La Découverte, Paris, 2008, pp. 118-130, p. 126.

[170] UE, 30 mai 2006, Arrêt de la Cour de Justice (Grande Chambre), C-317/04 et C-318/04, §56. Cette affaire est aussi importante pour le fait que la Cour a fait référence à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme - relatif à la protection du droit à la vie privée et familiale - et non à une législation communautaire au début de l'arrêt. CLAVET Sophie, "Les conséquences de l'accord *Passenger Name Record* sur la protection des droits fondamentaux en Europe", **Droits fondamentaux**, no 8, janvier 2010 - décembre 2010.

[171] UE, 30 mai 2006, Arrêt de la Cour de Justice (Grande Chambre), C-317/04 et C-318/04, §56.

[172] UE, 30 mai 2006, PNR: première réaction du CEPD au jugement de la Cour de Justice, EPDS/06/8.

Elle s'est trouvée à faire un examen du fond dans un avis récent, concernant un accord sur le transfert des données PNR au Canada. L'accord donnait la possibilité aux autorités de traiter les données pour des autres fins que la prévention des infractions terroristes. Ce traitement peut concerner les données sensibles[173]. La Cour de Justice a constaté que les cas permettant au traitement pour des autres fins sont très vagues et généraux[174]. En plus, le traitement des données sensibles ne doit être possible qu'en existence d'une justification particulièrement solide et précise[175]. La Cour de Justice a ainsi demandé une révision avec un renforcement du respect des dispositions de la Charte des droits fondamentaux. Cet avis peut être interprété comme une validation implicite du système de PNR, car l'existence d'une justification précise et solide permet le traitement de ces données sensibles. À cet égard, la Cour de Justice est critiquée pour avoir détourné de sa jurisprudence *Digital Rights Ireland Ltd.* que nous allons prochainement examiner, en ce qu'elle interdisait la surveillance généralise[176].

Néanmoins, cet assouplissement de la position de la Cour de Justice concernant le cas de PNR n'est pas observé dans des autres décisions de la Commission constatant le niveau adéquat de la protection des données aux États-Unis. La jurisprudence *Schrems* de 2015, reprise en 2020, contient des dispositions importantes relatives au niveau américain de protection des données à caractère privé. La question se posait sur le transfert des données à caractère personnel vers les États-Unis par le réseau social Facebook. La décision 2000/520 de la Commission relative à la pertinence de la protection

---

[173] Les données sensibles sont définies comme "*des informations révélant l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques, l'appartenance syndicale, ou qui concernent la santé ou la sexualité d'une personne*". UE, 18 juillet 2013, Proposition de Décision du Conseil relative à la conclusion de l'accord entre le Canada et l'UE sur le transfert et le traitement de données des dossiers passagers, COM(2013)528 final, article 2(e).

[174] UE, 26 juillet 2017, Avis de la Cour de Justice (Grande Chambre), 1/15, §178-181.

[175] UE, 26 juillet 2017, Avis de la Cour de Justice (Grande Chambre), 1/15, §164-167.

[176] L'avis de l'avocat général Paolo Mengozzi avait mis l'accent à cette contrarieté avec la jurisprudence de *Digital Rights Ireland Ltd*. et la portée large de transfert des données PNR concernant l'accord avec Canada car il traite toutes les personnes comme les suspects potentiels. UE, 8 septembre 2016, Conclusions de l'avocat général, Avis 1/15, §176. *Cf.*, aussi, PEYROU Sylvie, "Accord PNR UE-Canada: validation par le CJUE du système PNR, des modalités à revoir ! (réflexions sur l'avis 1/15 de la CJUE, 26 juillet 2017)", **Réseau universitaire européen ELSJ**, 2017, <http://www.gdr-elsj.eu/2017/07/28/informations-generales/accord-pnr-ue-canada-validation-cjue-systeme-pnr-modalites-a-revoir-reflexions-lavis-115-de-cjue-26-juillet-2017/>, consulté le 6 mars 2020, pour l'examen de cet avis et les critiques.

assurée par les principes de la "sphère de sécurité" avait constaté que les États-Unis d'Amérique assuraient un niveau adéquat de protection. Elle prévoyait, en outre, une exception de sécurité nationale à la protection adéquate exigée dans les transferts entre deux côté d'Atlantique[177]. En ce cas, le transfert des données n'était pas lié avec le niveau nécessaire de protection. Ceci pouvait créer une jouissance moins efficace des droits par les Européens que les Américains, d'après la communication de la Commission datée de 2013[178]. La Cour de Justice a ainsi considéré que les États-Unis n'offrent pas une protection adéquate des droits des ressortissants de l'UE en ce qu'ils priment sa sécurité nationale[179].

En 2020, la question s'est posée sur la décision 2016/1250 relative à l'adéquation de la protection assurée par le bouclier de protection des données UE-États-Unis devant la Cour de Justice dans son arrêt *Schrems II*. La Commission avait ainsi réévalué la protection depuis 2015 et considéré certaines améliorations sur la protection des données des non-américains comme étant suffisantes. Néanmoins, les programmes de surveillance avaient toujours l'accès aux données des non-citoyens dans des cas exceptionnels liés à la sécurité nationale, à l'intérêt public et à la législation des États-Unis. En plus, cette procédure ne prévoyait aucune limitation à l'habilitation qu'il comporte pour la mise en œuvre des programmes de surveillance aux fins du renseignement extérieur. Elle ne contenait pas des garanties suffisantes pour les non-américaines potentiellement visées par ces programmes. Ni la protection accordée par la réglementation interne des États-Unis ni les voies des recours effectif offert aux personnes concernées ne répondaient pas aux exigences de l'UE. La décision d'adéquation est ainsi invalidée par la Cour de Justice le 16 juillet 2020[180].

La Cour de Justice insiste donc sur le fait que la protection des droits fondamentaux n'est pas de même niveau qu'Europe aux États-Unis. Néanmoins, la politique de la lutte antiterroriste de l'UE continue à soutenir

---

[177] UE, 26 juillet 2000, Décision de la Commission conformément à la directive 95/46/Ce du Parlement européen et du Conseil (...), 2000/520/CE, JO 25/08/2000 L 215/7, annexe I.

[178] UE, 27 novembre 2013, Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil rétablir la confiance dans les flux de données entre l'UE et les États-Unis d'Amérique, COM(2013)846 final, §3.2; La Commission prévoit que cette exception est vague et n'est pas limitée avec des conditions strictes afin de protéger les données.

[179] UE, 6 octobre 2015, Arrêt de la Cour de Justice (Grande Chambre), C-362/14.

[180] UE, 16 juillet 2020, Arrêt de la Cour de Justice (Grand Chambre), C-311/18.

la politique de la guerre contre le terrorisme aux États-Unis. Le cas de PNR est devenu l'une des méthodes principales de la politique antiterroriste de l'UE par la conclusion des accords avec plusieurs pays[181] y compris les États-Unis[182]. L'adoption de la directive relative au transfert des données PNR ainsi que les mesures nationales mettant en œuvre ce système montrent la conviction de l'UE sur l'efficacité de la lutte américaine contre le terrorisme[183]. Par conséquent, l'internalisation européenne de la politique américaine antiterroriste, selon laquelle le renforcement de la sécurité des documents de voyage est nécessaire pour la sécurité intérieure, est clairement admise dans le cas de PNR[184]. Néanmoins, la Cour de Justice continue à être le gardien de la protection des données des ressortissants européens.

---

[181] VEDASCHI Arianna / GRAZIANI Chiara, "PNR Agreements Between Fundamental Rights and National Security: Opinion 1/15", 23 janvier 2018, <http://europeanlawblog.eu/2018/01/23/pnr-agreements-between-fundamental-rights-and-national-security-opinion-115/>, consulté le 1er février 2019. Les auteurs mentionnent les accords conclus avec le Mexique, l'Argentine et le Japon. *Cf.*, aussi, UE, 13 décembre 2011, Décision du conseil relative à la conclusion de l'accord entre l'UE et l'Australie sur le traitement et le transfert des données PNR par les transporteurs aériens au service australien des douanes et de la protection des frontières, 2012/381, JO 14/07/2012 L 186/3, pour l'accord entre l'UE et l'Australie conclut le 29 septembre 2011.

[182] UE, 16 octobre 2006, Décision du Conseil relative à la signature au nom de l'Union européenne, d'un accord entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique sur le traitement et le transfert de données contenues dans les dossiers des passagers par des transporteurs aériens au ministère américain de la sécurité intérieure, 2006/729/PESC/JAI, JO 27/10/2006 L 298/27. Cet accord s'appelle "accord PNR 2007" et sa version française est publiée dans le JO 04/08/2007 L 204/18. Les informations que contiennent les données transférables se trouvent dans sa section III. Ensuite, l'accord en vigueur est adopté pour l'utilisation des données PNR et leur transfert au ministère américain de la sécurité intérieure le 14 décembre 2011 (JO 11/08/2012 L 215/5). UE, 26 avril 2012, Décision du Conseil relative à la conclusion de l'accord entre les États-Unis d'Amérique et l'UE sur l'utilisation des données des dossiers passagers et leur transfert au ministère américain de la sécurité intérieure, 2012/472, JO 11/08/2012 L 215/4.

[183] UE, Directive 2016/681. *Cf.*, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/NIM/?uri=CELEX:32016L0681>, consulté le 22 novembre 2020, pour les mesures nationales. *Cf.*, aussi, UE, 21 septembre 2010, Communication de la Commission relative à la démarche globale en matière de transfert des données des dossiers passagers aux pays tiers, COM(2010)492 final; UE, 2 février 2011, Directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'utilisation des données des dossiers passagers pour la prévention et la détection des infractions terroristes et des formes graves de criminalité, ainsi que pour les enquêtes et les poursuites en la matière, COM(2011)32 final.

[184] *Cf.* CLAVET Sophie, "Coopération antiterroriste transatlantique: Sûreté aérienne, transferts de données personnelles et négociation de l'accord *Passenger Name Record*", **Droits fondamentaux**, no 8, janvier 2010 - décembre 2010.

B. La question d'interdiction d'une surveillance généralisée

Une autre question qui s'est posée au regard du respect au droit à la vie privée par le traitement des données dans la lutte contre la criminalité grave est la surveillance généralisée et automatisée. Nous observons qu'elle est effectivement traitée par la Cour de Justice de l'UE et la CEDH, sans prenant en compte le ciblage des ressortissants des pays tiers dans la mise en œuvre de la méthode de l'interopérabilité.

La position de la Cour de Justice de l'UE par rapport à la surveillance généralisée des ressortissants de l'UE est appréciée depuis sa fameuse affaire *Digital Rights Ireland Ltd.* susmentionnée. Dans cette affaire, il s'agit la demande d'une décision préjudicielle sur la validité de la directive 2006/24/CE concernant l'harmonisation des bases de données nationales, afin de prévenir les infractions graves[185]. Il y a d'abord la question de la conservation d'une vaste catégorie des données selon cette directive[186]. En plus, les personnes concernées ne sont pas informées de la surveillance dont elles furent sujettes. Ceci peut ainsi créer le sentiment d'être surveillé constamment[187]. Ensuite, l'autre problème principal qui se pose est la conservation de tous les moyens de communication électronique de tous les abonnés et utilisateurs. Il s'agit donc une surveillance généralisée sans limites ou exceptions quant à la zone où ces mesures sont appliquées ou quant à la durée de l'application. La seule restriction est l'objectif de prévention, de détection ou de poursuite des infractions graves, qui sont définies dans chaque système national. Cet objectif ne reconnaît donc pas une limite précise et claire en commun[188]. La Cour de Justice a ainsi invalidé ladite directive.

Cette jurisprudence protectrice des données personnelles de 2014 est reprise dans son affaire *Tele2 Sverige AB* de 2016. Il s'agit les règlementations nationales adoptées conformément à la directive invalidée par l'arrêt *Digital Rights Ireland Ltd*. La Suède et le Royaume-Uni avaient imposé l'obligation de conservation des données aux fournisseurs de service

---

185 UE, 15 mars 2006, Directive du Parlement européen et du Conseil sur la conservation de données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications et modifiant la directive 2002/58/CE, 2006/24/CE, JO 13/04/2006 L 105/54, article 1.

186 UE, Directive 2006/24/CE, article 3.

187 UE, 8 avril 2014, Arrêt de la Cour de Justice (Grande Chambre), C-293/12 et C-594/12, §37.

188 **Ibid.**, §51-65.

sur la base de cette directive. La question se pose, encore une fois, sur la conservation de tous les moyens de communication, de toutes les données relatives au trafic de tous les abonnés et utilisateurs inscrits. Cette ingérence n'est pas justifiée selon la Cour de Justice, sans qu'il y ait une limitation telle que l'existence des poursuites pénales à l'encontre des personnes concernées. La sauvegarde de la sécurité nationale peut être une exception comme prévue dans la directive 2002/58/CE[189]. Mais les exceptions doivent être interprétées de manière stricte afin que la portée de la protection ne soit pas vidée. Les États membres sont tenus d'assurer une protection contre les risques d'abus ou l'accès illicite à ces données de manière proportionnelle avec la quantité des données conservées. Sans limitation selon l'objectif visé par les mesures et sans limitation temporelle ou personnelle, le droit de l'UE ne peut pas s'accorder avec une conservation généralisée et indifférenciée des données[190].

De l'autre côté, la CEDH exige aussi une limitation quant à la durée, aux catégories des personnes sujettes aux mesures et à la portée de la surveillance secrète[191]. L'affaire *S. Marper c. Royaume-Uni* constitue un bon exemple de l'interdiction de la conservation illimité et générale des données. Dans cet arrêt, il s'agit de la conservation des empreintes digitales et les échantillons d'ADN des requérants qui étaient inculpés mais acquittés. Considérant qu'on peut tirer l'origine ethnique d'une personne à partir de ses données ADN[192], cette caractéristique est dans le champ d'application de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme garantissant le droit à la vie privée[193]. En outre, les empreintes digitales, les échantillons cellulaires, les profils ADN constituent des données à caractère personnel sont donc protégé par l'article 8[194]. Étant donnée la sensibilité de ce type de données, le traitement de ou la seule conservation de celles-ci constituent une ingérence au droit à la vie privée[195].

---

189 UE, 12 juillet 2002, Directive du Parlement européen et du Conseil concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques, 2002/58/CE, JO 31/01/2002 L 201/37, article 15(1).

190 UE, 21 décembre 2016, Arrêt de la Cour de Justice (Grande Chambre), C-203/15 et C-698/15.

191 CEDH [GC], 4 décembre 2015, Roman Zakharov c. Russie, no 47143/06, §238.

192 Nuffield Council on Bioethics, Septembre 2007, The Forensic Use of Bioinformation: Ethical Issues, p. 80-81; CEDH [GC], 4 décembre 2008, S. Marper c. Royaume-Uni, nos 30562/04 et 30566/04, §76.

193 CEDH [GC], 4 décembre 2008, S. Marper c. Royaume-Uni, nos 30562/04 et 30566/04, §66.

194 **Ibid.**, §68.

195 **Ibid.**, §73, 75, 86.

La CEDH admet l'utilité des techniques scientifiques d'identification dans la lutte contre le terrorisme[196]. Ce qui pose problème ici est qu'il s'agit des données des personnes soupçonnées mais finalement pas condamnées[197]. Elle conclut à la violation du droit à la vie privée dans la mesure où la conservation des données des personnes soupçonnées d'avoir commis des infractions n'est pas justifiée équitablement avec l'intérêt public[198]. Le caractère général et systématique de la conservation des données privées pour une durée illimitée ne constitue pas un juste équilibre d'après la CEDH.

Dans le cas du terrorisme nous pouvons donner l'exemple de l'affaire *Big Brother Watch et autres c. Royaume Uni*, qui est pendant devant la Grande Chambre. Les requêtes portent sur les régimes d'interception massive de communications, le partage de renseignements et l'acquisition de données auprès de fournisseurs de services de communication. Il existe plusieurs services de renseignement électronique comme *Government Communications Headquarters*, qui utilise deux systèmes de traitement des données pour l'interception en masse de communications. L'un des systèmes fonctionne par comparaison du trafic de transmission des données avec une liste de sélecteurs simples. Les sélecteurs simples sont liés à une cible connue, qui ressemble au fonctionnement de la méthode du profilage que nous avons mentionné ci-dessus. Ensuite, il y a le partage du renseignement avec l'office national de sécurité américain par les opérations de PRISM et Upstream. La Chambre a admis que l'interception de masse est un moyen significatif d'atteindre les buts poursuivis considérant le niveau actuel de la menace terroriste et de la criminalité grave[199]. Néanmoins, ce régime doit être soumis à une procédure de supervision sur le processus de sélection des canaux de transmission, des sélecteurs et des critères du filtrage des communications. Les analystes devraient connaitre les éléments à prendre en compte et les garanties suffisantes devraient être prévues. En absence de ces critères, l'ingérence n'est pas prévue par la loi selon la Chambre[200]. Le troisième régime d'acquisition de données auprès de fournisseurs de services de communication ne convient également pas aux

---

196 **Ibid.**, §105.

197 **Ibid.**, §122.

198 **Ibid.**, §124-126.

199 CEDH, 13 septembre 2018, Big Brother Watch et autres c. Royaume Uni, nos 58170/13, 62322/14 et 24960/15, §386.

200 **Ibid.**, §387.

exigences du respect au droit à la vie privée. Lorsqu'elle arrive à cette conclusion, elle se réfère effectivement aux arrêts mentionnés de la Cour de Justice quant aux limites nécessaires pour la mise en œuvre d'une telle mesure. Elle considère, de l'autre côté, les garanties entourant le deuxième régime d'échange du renseignement comme suffisantes car la responsabilité principale ne repose pas sur le gouvernement britannique[201]. Les conclusions de la Grande Chambre sur ce sujet sont à voir bientôt.

Par conséquent, les deux hautes cours européennes condamnent la surveillance généralisée et indifférenciée des données. Cette interdiction concerne les ressortissants de l'UE dans les arrêts de la Cour de Justice. Nous observons, en outre, une banalisation de cette surveillance si certains critères sont remplis. Qu'en est-il alors pour la question principale de la protection des données des ressortissants des pays tiers, cibles principaux des mesures de surveillance ? Cette question nécessitera la reprise des arrêts mentionnés quant aux critères de limitation de la surveillance généralisée.

2. La protection partiale des ressortissants des pays tiers

Le profilage utilise les caractéristiques ethniques, nationales, raciales ou religieuses des personnes afin de déterminer les groupes à risque. Cependant, l'usage de ces caractéristiques comme un élément déterminant, où le seul élément est celui du profilage, met en péril le respect du principe de non-discrimination[202]. Nous cherchons ainsi si les hautes cours européennes ont effectivement traité ce sujet et si elles offrent une protection proportionnée à l'ingérence aux droits d'une certaine catégorie des personnes. Nous observons que les condamnations dépendent de l'existence d'une inégalité de traitement manifeste (A.). Par contre, la limitation personnelle de la surveillance généralisée risque de justifier le ciblage des ressortissants des pays tiers, qui n'est pas en soi condamnée dans la lutte contre le terrorisme (B.).

A. La discrimination manifeste condamnée

Le principe de non-discrimination est garanti dans des nombreux actes internationaux ou européens[203]. Les organes de l'UE gardent en plus cette

---

[201] **Ibid.**, §467.

[202] UE, FRA, 2018, p. 60.

[203] *Cf.*, par exemple, ONU, 10 décembre 1948, Assemblée générale, Déclaration universelle des droits de l'Homme, article 2; ONU, 26 juin 1945, Charte des Nations Unies, article 1(3); ONU, 23 mars 1976 (entrée en vigueur), Pacte international relatif aux droits civils et

clause de non-discrimination dans leurs documents relatifs à la gestion de circulation des personnes[204] et aussi dans ceux relatifs à la lutte contre le terrorisme[205]. La directive 2016/680[206] et le règlement 2016/679[207] de l'UE protégeant les données à caractère personnel interdisent explicitement le profilage entrainant une discrimination basée sur des catégories particulières de personnes. À cet égard, ces actes et l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme sont à la base de la protection accordée en cas d'existence d'une discrimination manifeste dans la lutte européenne contre le terrorisme.

L'affaire *Timichev c. Russie* de la CEDH constitue un bon exemple des pratiques discriminatoires dans les contrôles frontaliers. Il s'agit un requérant d'origine tchétchène qui réside en Russie depuis que sa propriété en Tchétchénie est détruite par une opération militaire. Il demande une résidence permanente en Russie mais la loi locale interdit les anciens résidents de Tchétchénie d'acquérir ce statut. Lors d'un contrôle frontalier dans le passage vers la République de Kabardino-Balkarie, il est interdit de passer à cause de son origine. Le gouvernement allègue que c'était son comportement et l'absence des documents nécessaires qui ont causé

---

politiques, article 2(1) pour l'interdiction de discrimination sur la base de trois caractéristiques qu'on a mentionnées et ONU, 4 janvier 1969 (entrée en vigueur), Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale; pour l'interdiction de la discrimination raciale et ethnique; Conseil de l'Europe, 4 novembre 1950, Convention européenne des droits de l'Homme, article 14; Conseil de l'Europe, 4 novembre 2000, Convention européenne des droits de l'Homme, Protocole no 12, STE 177.

[204] UE, Règlement 767/2008, préambule, §12 et article 7(2) pour le système de VIS; UE, 18 février 2003, Règlement établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable (...) (Dublin II), 343/2003, JO 25/02/2003 L 50/1, préambule, §12 pour l'asile; UE, Règlement 2016/399, article 7(2); UE, 15-16 octobre 1999, Conseil européen de Tampere, Conclusions de la Présidence, §18-21; UE, COM(2000)757 final, p. 10-11.

[205] *Cf.*, UE, Directive 2017/541, préambule, §35; UE, COM(2001)743 final, p. 6; UE, 21 septembre 2001, Résolution du Parlement européen sur la réunion extraordinaire du Conseil européen du 21 septembre 2001 à Bruxelles, B5-0666, 0668 et 0674/2001, §3; UE, 21 septembre, Conclusions and Plan of Action of the Extraordinary European Council Meeting, pour l'UE. Ces deux derniers font surtout référence à l'Islam en tant qu'une religion pacifique de ne pas être associée au terrorisme suite aux attentats du 11 septembre. *Cf.*, aussi, Conseil de l'Europe, 27 janvier 2016, Assemblée Parlementaire, Combattre le terrorisme international tout en protégeant les normes et les valeurs du Conseil de l'Europe, Résolution 2090(2016), §7-8; Conseil de l'Europe, 25-26 septembre 2001, Democracies facing terrorism, Résolution 1258(2001), §11; ONU, 7 février 2005, Conseil économique et social, Protection des Droits de l'Homme dans la lutte antiterroriste, E/CN.4/2005/103, §75.

[206] UE, Directive 2016/680, article 11(3).

[207] UE, Règlement 2016/679, article 22(1).

l'interdiction du passage. Néanmoins, un officier supérieur de police avait apparemment ordonné aux agents de police d'interdire la circulation des personnes d'origine tchétchène selon les faits établis par la CEDH. D'abord, sa liberté de circulation est violée pour l'absence d'une base légale. Ensuite, c'est une inégalité de traitement manifeste au regard du droit à la liberté de circulation en raison de l'origine ethnique d'une personne selon la CEDH. Il s'agit ainsi une discrimination raciale qui est une discrimination particulièrement odieuse[208].

Si nous nous questionnons sur les affaires liées au terrorisme, nous pouvons chercher les cas où les effets spécifiques des méthodes du profilage et de l'interopérabilité sont traités. Le lien opérationnel entre le terrorisme et la migration par l'échange de données des bases de différente nature créé une présomption de dangerosité des personnes dont les données se trouvent dans ces bases. Le traitement des données collectées dans les bases non liées à la criminalité pour la détection des activités criminelles est susceptible de constituer un désavantage pour ces ressortissants des pays tiers[209]. À cet effet s'ajoute un deuxième désavantage avec le profilage pour les ressortissants des pays, qui sont considérés comme des sources du terrorisme. Les vols des destinations à haut risque transportent aussi les passagers en besoin de la protection considérant les déplacements, qui dépendent aux conflits civils et transnationaux y compris les actes d'extrémisme violent hors des zones de guerre[210]. Les conséquences deviennent ainsi deux fois plus graves.

Ce double effet est plus clair dans le cas du refus des demandes liées à la protection internationale. La possibilité d'exclusion de la protection internationale est devenue indissociable du terrorisme suite au 11 Septembre avec la subordination de la politique d'immigration à la lutte contre le terrorisme[211]. On observe que le contexte du terrorisme prend effectivement sa place sur la scène de l'exclusion en droit de l'UE. Il peut constituer un motif d'exclusion faisant parti des "*actions particulièrement cruelles, même si elles sont commises avec un objectif prétendument politique*" qui constituent un crime grave de droit commun ou il peut figurer parmi les agissements

---

208 CEDH, 13 décembre 2005, Timichev c. Russie, nos 55762/00 et 55974/00, §53-59.

209 **BALDACCINI**, 2008, p. 48.

210 UE, FRA, 2014, p. 47.

211 TUMLIN Karen C., "Suspect First: How Terrorism is Reshaping Immigration Policy", **California Law Review**, Vol. 92, Issue 4, 2004, pp. 1173-1239, p. 1177.

contraire aux buts et principes de l'ONU[212]. En outre, l'exclusion du statut de réfugié dépend de l'existence des *raisons sérieuses de penser* qu'une personne a commis ce crime[213]. L'exclusion est donc premièrement liée à la perception de ressortissant de pays tiers comme un risque à la société et au système politique de l'État membre[214]. Ce risque est évalué sur la base d'une analyse subjective concernant l'existence des *raisons sérieuses*[215]. Le pays d'origine peut effectivement contribuer à cette analyse subjective pour le refus de cette protection. Quant à l'asile, le double effet repose sur la vulnérabilité des demandeurs d'asile[216]. On accorde l'asile aux personnes qui fuient une persécution ou des atteintes graves[217]. Néanmoins, si on profile certains pays dans la lutte contre le terrorisme, on est confronté à une réaction selon laquelle les demandes d'asile des ressortissants de ces pays risquent d'être refusées. Dans une recherche datant 2014, on observe que l'asile est moins accordé aux ressortissants des pays musulmans[218].

---

[212] UE, 29 avril 2004, Directive du Conseil concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers (...), 2004/83/CE, JO 30/09/2004 L 304/12, article 12(2)(b), (c); *Cf.*, UE, 13 décembre 2011, Directive du Parlement européen et du Conseil concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers (...), 2011/95/UE, JO 20/12/2011 L 337/9, article 12(2)(b), (c) pour la version en vigueur; *Cf.*, aussi, UE, COM(2001)743 final, p. 7-8, pour les motifs d'exclusion en lien avec les actes terroristes; ONU, 1951, Convention relative au statut des réfugiés, article 32, pour une exception à l'interdiction de l'exclusion en cas de raisons sérieuses de sécurité nationale. Dans l'arrêt *Lounani* de la Cour de Justice, il s'agit une personne inscrite sur la liste du comité des sanctions de l'ONU depuis 2002 qui a obtenu le statut réfugié en Belgique. La question posée devant la Cour de Justice est de qualifier l'acte d'"appartenance" à une organisation terroriste dans l'absence d'une commission d'un acte terroriste est en soi "contraire aux buts et aux principes de l'ONU. La Cour de Justice a conclu qu'il n'est pas nécessaire d'être instigateur ou l'auteur d'un acte terroriste pour que ses agissements soient contraire aux buts et aux principes de l'ONU (UE, 31 janvier 2017, Arrêt de la Cour de Justice (Grande Chambre), C-573/14, §63-77). Cette affaire montre bien la souplesse de l'application de ces motifs pour l'exclusion du statut réfugié.

[213] On observe une tendance similaire aux États-Unis pour les personnes dont les demandes d'admissibilité seront refusées. Si les personnes chargées ont des raisons sérieuses de penser que *alien* est susceptible de s'engager à des activités terroristes, cette personne sera inadmissible. *Cf.*, États-Unis, 1952, Immigration and Nationality Act, 8 USC, Chapter 12, §1182.

[214] MITSILEGAS, Valsamis, **The Criminalisation of Migration in Europe. Challenges for Human Rights and the Rule of Law**, Springer Cham, Heidelberg New York Dordrecht London, 2015, p. 80.

[215] **Ibid.**

[216] UE, 7 octobre 2009, CEPD, Avis sur la proposition modifiée de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant la création du système Eurodac (...), 2010/C 92/01, JO 10/04/2010 C 92/1, §12(d), 29, 31.

[217] UE, 2014, Commission européenne, Le régime d'asile européen commun, p. 3.

[218] AVDAN Nazlı, "Do asylum recognition rates in Europe respond to transnational terrorism ? The migration-security nexus revisited", **European Union Politics**, Vol. 15(4), 2014, pp. 445-471, p.

Par contre, le contrôle de la Cour de Justice de l'UE semble être stricte quant aux conditions d'exclusion. Dans son arrêt *Bundesrepublik Deutschland*, elle nie fortement les décisions automatisées d'exclusion. Elle insiste sur une évaluation précise au cas par cas de la responsabilité individuelle de la personne en question[219]. On observe aussi dans le document du travail préparé juste après les attentats du 11 Septembre que la nationalité, la religion et l'opinion publique de l'intéressé ne peuvent pas être les fondements de réexamen du statut de réfugié[220]. La CEDH a également reconnu les droits procéduraux en cas d'expulsion de manière progressive, qui vise à éviter l'arbitraire[221]. Il s'agit normalement une interprétation timide des droits procéduraux des étrangers, car les États jouissent une marge large d'appréciation en la matière[222]. Néanmoins, la Grande Chambre a récemment inclus certaines garanties supplémentaires au

---

459; L'auteur fait une recherche parmi 17 pays européen y compris 14 membres de l'UE englobant les années 1980-2007 et obtient ce résultat. Le contexte est différent depuis la migration des syriens dans l'UE. L'accord du statut de protection est 538 000 sur 560 000 en 2017. Néanmoins, ces chiffres montrent une baisse de près de 25% par rapport à 2016 quant à l'accord du statut de protection. UE, Eurostat, Statistiques sur l'asile, <https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Asylum_statistics/fr#Nationalit.C3.A9_des_primo-demandeurs:_la_plupart_sont_originaires_de_Syrie_et_d.27Iraq> consulté en ligne le 31 août 2019. *Cf.*, aussi, France, 19 novembre 2020, Cour nationale du droit d'asile, Décision no 19009476, pour le refus de demande d'asile des requérants sur la base du niveau diminué de la violence en Afghanistan.

219 UE, 9 novembre 2010, Arrêt de la Cour (Grand Chambre), C-57/09 et C-101/09, §99. Dans cette affaire, il s'agit deux ressortissants turcs condamnés des infractions terroristes qui ont sollicité l'asile et la protection en tant que réfugié en Allemagne. Selon la directive 2004/83/CE du Conseil, il est possible d'être exclu du statut de réfugié lorsqu'il y a des raisons sérieuses de penser que la personne a commis un crime grave du droit commun. La Cour de Justice indique que la participation aux activités terroristes ne saurait relever automatiquement des clauses d'exclusion à l'issu.

220 UE, COM(2001)743 final, p. 8.

221 Selon la jurisprudence constante de la CEDH, l'article 6 ne s'applique pas au cas d'expulsion. CEDH [GC], 5 octobre 2000, Maaouia c. France, no 39652/98. Néanmoins, en cas du deni de justice flagrant, l'article 6 peut se trouver à appliquer pour l'extradition. *Cf.*, CEDH, Plén., 7 juillet 1989, Soering c. Royaume-Uni, no 14038/88, §113. L'article 1er du Protocol additionnel no 7 est entré en vigueur le 1er novembre 1988 pour stipuler les garanties procédurales en cas d'expulsion.

222 CEDH [GC], Muhammad et Muhammad c. Roumanie, 80982/12, §114, pour le droit des États de contrôler l'entrée, le séjour ou l'éloignement des étrangers. L'article 1er du Protocol additionnel no 7 s'applique seulement aux étrangers résidant régulièrement sur le territoire d'un État. Ceci limite le champ d'application des garanties procédurales pour les étrangers, considérant que l'article 6 ne s'applique pas non plus aux étrangers. *Cf.*, BRIAN Ian / LANGFORD Peter, "Impediments to the Expulsion of Non-Nationals: Substance and Coherence in Procedural Protection under the European Convention on Human Rights", **Nordic Journal of International Law**, 79, 2010, pp. 457-479, p. 471, pour les critiques de la CEDH concernant l'inapplicabilité de l'article 6.

texte de l'article, qui peuvent empêcher les pratiques discriminatoires en cas d'expulsion, lorsque la sécurité nationale est en jeu[223]. Nous pouvons ainsi conclure que les effets néfastes d'exclusion de la protection internationale peuvent être empêchés selon la jurisprudence des hautes cours, pour autant qu'elles reposent sur une discrimination directe sur la base de la nationalité et non sur la base des critères objectifs.

Il existe effectivement des arrêts de la CEDH qui portent sur les mesures antiterroristes adoptées au Royaume-Uni et qui sont plus ou moins relatifs à notre problématique. La discrimination manifeste des étrangers dans la lutte contre le terrorisme est examinée dans son affaire *A et autres c. Royaume-Uni*. La question principale de l'affaire est liée à l'*Anti-Terrorism, Crime and Security Act* adopté après les attentats du 11 Septembre 2001. Il s'agit des mesures prises contre les étrangers que le gouvernement britannique ne pouvait pas expulser vers leurs pays d'origine à cause du risque de mauvais traitement. La problématique concernant la discrimination consiste en l'attribution d'un pouvoir élargi pour détenir les ressortissants étrangers[224]. Les autorités britanniques considéraient que la menace venait principalement mais pas exclusivement de ressortissants étrangers[225]. La motivation était que les ressortissants étrangers pouvaient former un réseau de soutien à des opérations islamistes terroristes y compris Al-Qaïda[226]. L'examen de certaines institutions nationales s'est mis d'accord sur la non-conformité de ces pouvoirs à l'article 14 qui interdit la discrimination[227].

---

[223] CEDH [GC], Muhammad et Muhammad c. Roumanie, 80982/12. Même si la majorité de la Grande Chambre est beaucoup critiquée dans les opinions concordantes des juges sur la motivation de la conclusion, il s'agit l'attribution du droit d'être informé aux étrangers et d'accéder au dossier qui ne figure pas dans le texte de l'article. Cet arrêt ne concerne pas la discrimination des étrangers, mais il ouvre la voie pour une protection plus grande des droits procéduraux en cas d'expulsion des étrangers.

[224] *Cf.*, Royaume-Uni, 2001, *Anti-Terrorism, Crime and Security Act*, Part 4..

[225] Royaume-Uni, 16 décembre 2004, A (FC) and others (FC) (Appellants) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent), [2004] UKHL 56, §32.

[226] *Cf.*, Conseil de l'Europe, 18 décembre 2001, Declaration contained in a Note Verbale from the Permenant Representation of United Kingdom; CEDH [GC], 19 février 2009, A et autres c. Royaume-Uni, no 3455/05, §10.

[227] Royaume-Uni, 2004, Joint Committee on Human Rights, Eighteenth Report, §42-47; Royaume-Uni, 2005-2006, Joint Committee on Human Rights, Counter-Terrorism Policy and Human Rights: Prosecution and Pre-Charge Detention, Twenty-fourth Report, HC 1576, §158, pour les soucis concernant cet acte sur le profilage racial; Royaume-Uni, 18 décembre 2003, Privy Counsellor Review Committee, Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001 Review: Report, p. 5.

L'examen de la CEDH reposait sur le droit à la liberté et à la sûreté garanti par l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Elle soutenait qu'il n'y avait pas de preuve justifiant les arguments du gouvernement qui consiste à dire que la menace que présentent les étrangers est plus grave que celle des ressortissants[228]. La nature discriminatoire de ces mesures est ainsi constatée surtout avec ses disproportions injustifiées quant au droit à la liberté et à la sûreté des étrangers.

De même, l'arrêt *Gillan et Quinton c. Royaume-Uni* de 2010 traite la question des pouvoirs étendus de la police en matière de l'interpellation et de la fouille des personnes pour la prévention du terrorisme dans le cadre de *Terrorism Act* de 2000. L'importance de cet arrêt est que la violation de l'article 8 de la Convention était constatée au regard de la nature discrétionnaire de ces pouvoirs qui peuvent être exercés de manière discriminatoire contre les personnes d'une certaine origine[229]. Même si les statistiques ne montraient pas une pratique particulièrement discriminatoire, la CEDH fait référence au constat des pratiques policières d'équilibrer les statistiques raciales[230]. En absence de la condition de soupçon légitime ces pouvoirs peuvent effectivement être sujets d'abus et de ciblage discriminatoire d'une certaine catégorie de la population.

Ces arrêts montrent qu'une pratique manifestement discriminatoire lors de franchissement des frontières, ou lors de l'accord de la protection internationale ainsi qu'une législation ciblant explicitement les étrangers ou permettant le ciblage d'une certaine catégorie de la population dans la lutte contre le terrorisme sont effectivement condamnées par les hautes cours européennes au regard des différents droits et libertés. Néanmoins, cela ne sera pas toujours le cas dans les arrêts plus récents rendus dans une époque, où la réponse à la montée du terrorisme moderne modifie les règles du jeu d'un ordre libéral démocratique.

B. La discrimination implicite banalisée

Est-ce que les hautes cours européennes traitent le sujet de chercher le terroriste parmi les ressortissants des pays tiers dans les frontières ? Nous avons effectivement trouvé certains arrêts qui montrent qu'elles ont banalisé

---

[228] CEDH [GC], 19 février 2009, A et autres c. Royaume-Uni, no 3455/05, §188-190.

[229] CEDH, 12 janvier 2010, Gillan et Quinton c. Royaume-Uni, no 4158/05, §87.

[230] CEDH, 12 janvier 2010, Gillan et Quinton c. Royaume-Uni, no 4158/05, §85.

le ciblage des ressortissants des pays tiers ou des personnes franchissant les frontières.

Il faut d'abord mentionner que la surveillance généralisée et indifférenciée est interdite en principe par les deux hautes cours comme indiqué ci-dessus. Néanmoins, le régime de la protection des données prévoit une exception dans l'article 15 de la directive 2002/58/CE sur la vie privée et les communications électroniques. Les obligations des États pour la protection des données peuvent être limitées pour la sauvegarde de la sécurité nationale, de la sûreté de l'État ou pour la prévention, la détection et la poursuite d'infractions pénales. La Cour de Justice insiste sur une interprétation stricte de cette exception à la lumière de la Charte des droits fondamentaux dans l'arrêt *Tele2 Sverige AB*. Cependant, ces motifs légitiment une conservation ciblée et préventive des données en cas d'existence des limites suffisantes[231]. Quelles sont ces limites ? Afin de limiter la surveillance généralisée et indifférenciée, les deux hautes cours recommendent d'abord une limitation du public ciblé à celui, dont les données sont susceptibles de révéler un lien direct ou indirect avec l'objectif de la lutte contre la criminalité grave. Puis, le critère géographique peut également justifier la conservation préventive des données[232]. La limitation du public ciblé semble à justifier le ciblage des ressortissants des pays tiers, alors que le critère géographique semble à justifier le ciblage des personnes franchissant les frontières.

Nous avons plusieurs exemples de la jurisprudence de la CEDH sur le critère géographique, qui légitime l'approche selon laquelle la menace terroriste vient à travers les frontières. Pour ce qui concerne le régime de surveillance ciblant les personnes se trouvant en dehors du territoire de l'État en question, l'arrêt *Big Brother Watch et autres c. Royaume Uni* de la Chambre traite effectivement les rapports de ce régime avec le principe de

---

[231] UE, 21 décembre 2016, Arrêt de la Cour de Justice (Grande Chambre), C-203/15 et C-698/15, §108. Ces motifs peuvent être interprétés dans la jurisprudence de la CEDH comme étant un des critères de limiter la surveillance généralisée. La CEDH recommende une limitation sur la nature des infractions susceptibles de donner lieu à un mandat d'interception. CEDH, 13 septembre 2018, Big Brother Watch et autres c. Royaume Uni, nos 58170/13, 62322/14 et 24960/15, §307.

[232] UE, 21 décembre 2016, Arrêt de la Cour de Justice (Grande Chambre), C-203/15 et C-698/15, §111. La CEDH propose de limiter les catégories de personnes dont les communications sont susceptibles d'être interceptées doivent être définies, la durée d'exécution de la mesure. CEDH, 13 septembre 2018, Big Brother Watch et autres c. Royaume Uni, nos 58170/13, 62322/14 et 24960/15, §307.

non-discrimination. La CEDH met l'accent sur le fait que le régime de surveillance ne détermine pas les personnes selon la nationalité mais selon leur situation géographique. Considérant que le gouvernement a déjà une compétence sur des personnes se trouvant sur les îles britanniques, ce ciblage est justifié d'après la cour[233].

Concernant le contrôle dans les frontières, qui légitime aussi le constat selon lequel la menace terroriste vient à travers les frontières, l'arrêt *Beghal c. Royaume-Uni* de la CEDH contient certaines conclusions importantes. Il s'agit les pouvoirs étendus de la police sur l'interrogatoire, la fouille et la rétention des personnes dans les aéroports. Nous avions mentionné que les pouvoirs étendus peuvent résulter en traitement discriminatoire aux personnes d'une certaine origine, surtout si on regarde aux pratiques dans les aéroports. Dans l'arrêt *Gillan et Quinton c. Royaume-Uni* de 2010, la CEDH avait constaté un risque d'arbitraire au regard de la discrimination possible d'une certaine catégorie des personnes[234]. En 2019, nous observons qu'elle est plus souple quant aux contrôles dans les aéoroports. Dans l'arrêt *Beghal c. Royaume-Uni*, elle admet l'importance des contrôles aux frontières pour la prévention du terrorisme et elle souligne que les personnes franchissant les frontières internationales peuvent effectivement attendre un certain degré de contrôle à cette fin[235].

La limitation de la surveillance généralisée selon un critère géographique est, ainsi, appréciée par deux hautes cours européennes. C'est pourquoi, la protection accordée pour les ressortissants de l'UE ou au regard de l'interdiction de la surveillance massive des deux hautes cours européennes ne touche pas à la question de la discrimination implicite par la recherche du terroriste dans les frontières parmi les ressortissants des pays tiers.

De l'autre côté, l'existence d'un mécanisme de contrôle justifie également le recours à l'exception. Dans son arrêt récent du 6 octobre 2020.

---

[233] **Ibid.**, §518.

[234] **Ibid.**, §98; "*(...) bien que les personnes appartenant aux minorités ethniques et en particulier les personnes originaires d'Asie et d'Afrique du Nord, aient été interpellées plus souvent que leur proportion parmi la population des voyageurs ne l'aurait justifié en toute objectivité, (...), cela ne signifie pas pour autant que les contrôles aient été effectués à mauvais escient*".

[235] CEDH, 28 février 2019, Beghal c. Royaume-Uni, 4755/16, §92. Il faut cependant mentionner qu'elle a conclu à la violation de l'article 8 de la Convention pour l'absence des garanties suffisantes afin de contrôler la légalité des pouvoirs étendus de la police (§109).

La Cour de Justice de l'UE a encore une fois interprété les dispositions de la directive 2002/58/CE. En répétant sa conclusion de l'arrêt *Digital Rights Ireland Ltd.* concernant l'interdiction d'une surveillance automatisée et généralisée, elle a mis l'accent sur la nécessité d'existence d'une menace grave à la sécurité nationale et d'un contrôle effectif par une juridiction ou par une autorité administrative indépendante. Si ces critères sont remplis, une conservation préventive ou rapide des données à titre généralisé et automatisé devient donc possible[236].

À cet égard, les compétences exceptionnelles d'Europol semblent être problématique. La question se pose d'abord sur l'accès d'Europol aux bases de données, qui contiennent les informations relatives aux ressortissants des pays tiers. Normalement, il est interdit d'utiliser des données relatives à l'origine raciale ou ethnique, aux convictions religieuses, à l'appartenance syndicale etc.[237]. Mais on a une exception pour prévenir les formes de criminalité relevant des objectifs d'Europol y compris le terrorisme. Si le traitement de ces données est strictement nécessaire et proportionné, il est permis dans le but de prévention du terrorisme. Même s'il existe une clause selon laquelle "*la sélection d'un groupe particulier des personnes sur la seule base de ces données est interdite*"[238], ce groupe particulier peut apparemment être les ressortissants des pays tiers, considérant ses compétences élargies telles qu'elles sont mentionnées dans la première partie.

En outre, le contrôle de ses compétences pose également des problèmes, car les actes terroristes peuvent constituer un cas d'urgence exceptionnelle. En matière terroriste, les conditions d'accès d'Europol à ces bases et l'existence d'une urgence exceptionnelle ne sont vérifiées qu'*a posteriori*.

---

236 UE, 6 octobre 2020, Arrêt de la Cour de Justice (Grande Chambre), C-511/18, C-512/18, C-520/18, §172-182. *Cf.*, aussi, PEYROU-BARTOLL Sylvie, "Protection des données à caractère personnel: interdiction d'un stockage de masse généralisé et indifférencié, oui mais... Réflexions sur les arrêts de la CJUE, 6 octobre 2020, Privacy international (aff. C-623/17), et la Quadrature du Net, French Data Network, Ordre des barreaux francophones et germanophone (aff. jointes C-511/18, C-512/18, C-520-18)", **Réseau universitaire européen ELSJ**, 22 octobre 2020, <http://www.gdr-elsj.eu/2020/10/22/informations-generales/protection-des-donnees-a-caractere-personnel-interdiction-dun-stockage-de-masse-generalise-et-indifferencie-oui-mais-reflexions-sur-les-arrets-de-la-cjue-6-octobre/>, consulté le 26 novembre 2020.

237 UE, Directive 2016/680, article 11(3); UE, Règlement 2016/679, article 22(1).

238 UE, 11 mai 2016, Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à l'Agence de l'UE pour la coopération des services répressifs (Europol) (...), 2016/794, JO 24/05/2016 L 135/53, article 30(2).

Nous observons ce problème dans les règlements d'EURODAC[239], de VIS[240] et d'EES[241], qui n'exigent pas une vérification *a priori* dans ses règlements. La Cour de Justice de l'UE ne s'oppose pas à cette absence du contrôle préalable si nous retournons à son arrêt *Tele2 Sverige AB*. On observe effectivement que le contrôle préalable de l'accès des autorités chargées de la sécurité peut être écarté en cas d'urgence dûment justifié selon la Cour[242]. De ce fait, l'exception de l'interdiction de la surveillance automatisée est l'existence d'un contrôle effectif et l'exception d'un contrôle préalable est l'existence d'un cas exceptionnel justifié. Nous sommes ainsi arrivés à un point où nous avons oublié la règle principale.

Le seul contrôle préalable pour le fonctionnement des systèmes d'information semble être celui du CEPD[243]. Néanmoins, ses avis ne sont pas toujours pris en compte si on regarde à sa proposition de définir le cas d'urgence exceptionnelle[244]. Dans les règlements d'EURODAC et d'EES adoptés après cet avis, le cas d'urgence exceptionnelle n'est pas défini malgré ses propositions[245]. En plus, il est possible que les pratiques attentatoires aux droits fondamentaux sont constatées après une longue période[246].

Que peuvent faire les hautes cours européennes alors ? Un examen au regard de l'innocence des ressortissants des pays tiers peut ouvrir une voie, lorsque la portée des autres droits n'est pas suffisante. Dans l'arrêt *S. et*

---

239 UE, Règlement 603/2013, article 19(3).

240 UE, Règlement 767/2008, article 3(2).

241 UE, Règlement 2017/2226, article 31(2).

242 UE, 21 décembre 2016, Arrêt de la Cour de Justice (Grande Chambre), C-203/15 et C-698/15, §120.

243 UE, Règlement 767/2008, article 42; UE, Règlement 603/2013, article 31; UE, Règlement 2017/2226, article 56.

244 UE, 5 septembre 2012, CEPD, §53-54.

245 Le CEPD considère par contre son contrôle *a priori* nécessaire pour les données biométriques qui sont d'une nature particulière. UE, 13 octobre 2006, CEPD, Avis sur le projet de règlement du Conseil (CE) portant fixation de la forme des laissez-passer délivrés aux membres et aux agents des institutions, 2006/C 313/13, JO 20/12/2006 C 313/36, §1.4.

246 *Cf.*, par exemple, UE, 28 mai 2019, CEPD, Affaire no 2018/0638, pour le contrôle de l'exercice des compétences d'Europol dans le cadre d'un accord conclu avec les États-Unis pour le transfert des données dans la lutte contre le financement du terrorisme. Le CEPD constate la préservation des demandes de transfert depuis la conclusion de l'accord, qui ne convient pas à la limite de cinq années selon l'accord. Il peut y ainsi avoir des pratiques attentatoires aux droits fondamentaux qui sont constatées très tard.

Marper c. Royaume-Uni de la CEDH, c'était le constat principal concernant le traitement des personnes innocentes de la même manière que les personnes condamnées. Le risque de stigmatisation, le caractère illimité de la conservation des données et la catégorie vaste des infractions étaient à la base de la violation du droit à la vie privée des requérants. Qu'en est-il pour la stigmatisation des ressortissants des pays tiers ? Malheureusement cette approche de la CEDH par rapport aux personnes soupçonnées dans l'arrêt *S. et Marper c. Royaume-Uni* ne concerne pas le cas du terrorisme. En plus, s'il s'agit une affaire liée à l'expulsion, il faut admettre que la présomption d'innocence garantie dans l'article 6§2 de la Convention ne s'applique pas aux cas d'expulsion, en absence d'une inculpation en matière pénale selon la jurisprudence de la CEDH[247].

Finalement, l'arrêt *Tele2 Sverige AB* de la Cour de Justice de l'UE indique expressément le contraire. La surveillance des personnes qui ne sont pas soupçonnées des infractions graves ou même impliquées dans une telle infraction est légitime, si l'accès aux données de ces personnes contribue à la lutte contre le terrorisme selon la Cour[248]. Le terrorisme est ainsi un motif indéniable de recourir à l'exception, qui permet la surveillance ciblée des ressortissants des pays tiers de manière généralisée et préventive, sans qu'il y ait une justification précise de chercher le terroriste parmi ces personnes ou un contrôle préalable.

Ces banalisations devant les deux hautes cours ne s'expliquent par rien d'autre que le constat du Juge Pinto de Albuquerque dans l'arrêt *Muhammad et Muhammad c. Roumanie* du 15 octobre 2020: "*Dans un domaine aussi sensible que celui de la protection de la sécurité nationale et la lutte contre le terrorisme, si prospice aux abus des autorités étatiques et aux excès de zèle de certains dirigeants, dont d'illustres cours suprêmes ou constitutionnelles se rendent parfois complices, on aurait pu s'attendre à ce que la Cour demeure aujourd'hui encore la gardienne de la sécurité juridique et des libertés civiles. Malheureusement, il n'en est rien.*"

---

[247] *Cf.*, CEDH [GC], 5 octobre 2000, Maaouia c. France, no 39652/98, pour le constat général sur l'applicabilité de l'article 6 en matière d'expulsion; CEDH, Plén., déc., 10 mars 1994, L.A. c. Suède, no 23253/94, pour un examen spécifique en matière d'expulsion liée au terrorisme.

[248] UE, 21 décembre 2016, Arrêt de la Cour de Justice (Grande Chambre), C-203/15 et C-698/15, §119.

CONCLUSION

Après les attentats du 11 septembre, Tony Blair, le premier ministre britannique de l'époque, avait dit que "*la plus grande liberté est de vivre à l'abri des attaques terroristes*"[249]. Dans la communication de la Commission relative à la stratégie de l'UE pour l'union de la sécurité datant le 24 juillet 2020, l'idée soulignée est que "*la sécurité (...) protège aussi les droits fondamentaux*" et elle "*est liée à nos valeurs fondamentales*"[250]. Cette approche nous rappelle clairement l'idée principale des théories de contrat social selon laquelle "*la liberté de chacun repose sur la sécurité de tous*"[251]. Nous sommes ainsi arrivés à l'époque initiale du libéralisme où on cherche la justification de l'existence d'une autorité étatique. La lutte contre le terrorisme fait apparaître les défis de l'ordre libéral étatique dans la mesure où l'existence de cet ordre dépend de la préservation d'une valeur plus grande que la liberté; la sécurité[252].

L'objectif de la réunification de la politique migratoire et la politique antiterroriste de l'UE est évidemment la prévention des actes terroristes. Néanmoins, le ciblage des immigrants risque de compromettre l'efficacité de cette politique de prévention. Le terrorisme n'est pas l'expression d'une culture spécifique mais d'un combat politique[253]. Le départ pour le djihad s'est désormais élargi aux classes moyennes, aux post-adolescents, aux femmes et aux convertis[254]. Les terroristes d'origine intérieure (*homegrown*) ou les étrangers

---

[249] "*There is no greater civil liberty than to live free from terrorist attacks*". Telegraph, 24 février 2005, <https://www.telegraph.co.uk/news/uknews/1484284/We-must-put-safety-before-liberty-says-Blair.html>, consulté le 11/02/2019.

[250] UE, 24 juillet 2020, COM(2020)605final, p. 1, 34.

[251] LASCOUMES Pierre / PONCELA Pierrette / LENOËL Pierre (1989). **Au nom de l'ordre. Une histoire politique du code pénal**, Hachette, Paris, 1989, p. 8-12.

[252] MÜLLER Jan-Werner, **A Dangerous Mind; Carl Schmitt in Post-War European Thought**, Yale University Press, New Haven and London, 2003, p. 181. L'auteur mentionne que le libéralisme a ainsi atteint ses limites. Il faut aussi mentionner que le libéralisme est défini par les sphères contradictoires selon certaines recherches à savoir les études juridiques critiques. La liberté a ainsi un aspect qui s'identifie avec la nécessité. La liberté est assurée dans le but de préserver notre sécurité. C'est la raison pour laquelle nous avons mentionné *l'apparition* des défis du libéralisme. FRUG Gerald E., "The City as a Legal Concept", **Harvard Law Review**, Vol. 93, No 6, 1980, pp. 1059-1154, p. 1075, pour les sphères du libéralisme.

[253] ECKERT Roland, "Culture or Conflict? Migration, Culture Conflict and Terrorism", *in* Joshua D. Freilich & Robert T. Guerette, **Migration, Culture Conflict, Crime and Terrorism**, Taylor & Francis Group, 2007, pp. 21-25, p. 25.

[254] GARAPON Antoine / ROSENFELD Michel, **Démocraties sous stress, Les défis du terrorisme global**, Press universitaires de France, 2016, p. 84, 89.

avec les permis de séjour légaux sont également intégrés à ce combat[255]. En plus, les terroristes tendent de franchir les frontières de manière légale[256] pour ne pas attirer l'attention avant l'exécution de l'attentat. C'est ce qu'on voit aux États-Unis ou dans les attentats de Madrid[257]. Cette situation limite l'efficacité du contrôle d'immigration à des fins de la prévention du terrorisme[258]. On cherche les terroristes parmi les ressortissants des pays tiers comme chercher une aiguille dans une botte de foin. Il est hautement probable que les personnes non-profilées utilisent cette approche à leur bénéfice[259]. La concentration de la politique antiterroriste sur une certaine catégorie des personnes a également l'influence dans l'opinion publique, qui peut mettre en cause l'accueil des immigrants[260]. L'intégration de ces personnes devient plus difficile et leur réaction à ce traitement peut être, dans certains cas, la radicalisation contre la société-hôte[261]. On est donc en présence d'un cercle vicieux.

La prévention des actes terroristes et le maintien de la sécurité semblent d'être les arguments principaux pour restreindre les droits des certains groupes considérés à risque. Alors que la détermination des groupes à risque est elle-même discriminatoire, le niveau de protection de ses droits n'est pas augmenté de manière proportionnelle à la gravité de l'ingérence. Le rôle des juridictions européennes est très difficile à cet égard pour éviter le ciblage d'une certaine catégorie des personnes tout en limitant la surveillance généralisée. Elles semblent, par contre, jouer selon les règles changées du jeu dans la lutte contre le terrorisme, tant qu'elles justifient la mise en œuvre des exceptions des exceptions. Le lien établi entre le terrorisme et l'immigration dans le droit de l'UE et confirmé implicitement par les mécanismes de contrôle constitue ainsi le meilleur exemple du dysfonctionnement de l'ordre libéral où les valeurs fondamentales sont reléguées au second plan par rapport à la gravité de la menace terroriste.

---

255 **SCHMID**, 2016, p. 48.

256 **BALDACCINI**, 2008, p. 32-33.

257 **Ibid.**, p. 33; **MARTIN / MARTIN**, 2004, p. 329-330.

258 **SCHMID**, 2016, p. 48.

259 **HARCOURT**, 2007, p. 80, 84.

260 **AVDAN**, 2014, p. 450-453.

261 **SCHMID**, 2016, p. 45.

BIBLIOGRAPHIE

ARGOMANIZ Javier, "When the EU is the 'Norm-taker': The Passenger Name Records Agreement and the EU's Internalization of US Border Security Norms", **European Integration**, Vol. 31, no 1, 2009, pp. 119-136.

AVDAN Nazlı, "Do asylum recognition rates in Europe respond to transnational terrorism ? The migration-security nexus revisited", **European Union Politics**, Vol. 15(4), 2014, pp. 445-471.

BALDACCINI Anneliese, "Counter-Terrorism and the EU Strategy for Border Security: Framing Suspects with Biometric Documents and Databases", **European Journal of Migration and Law**, 10 (2008), pp. 31-49.

BAUD Jacques, **Encyclopédie des terrorismes**, Charles-Lavauzelle, 1999.

BECK Ulrich, "The Terrorist Threat. World Risk Society Revisited", **Theory, Culture & Society**, Vol. 19(4), 2002, pp. 39-55.

BECK Ulrich, **Risk Society. Towards a New Modernity**, Sage Publications, London, Newbury Park, New Delhi, 1992.

BETTATI Mario, **Le terrorisme Les voies de la coopération internationale**, Odile Jacob, Paris, 2013.

BEVELANDER Pieter / TARAS Raymond, "The Twilight of Multiculturalism? Findings from across Europe", *in* Raymond Taras (ed.), **Challenging Multiculturalism**, Edinburgh University Press, 2013, pp. 3-24.

BIGO Didier, "Liberty, whose liberty? The Hague Programme and the conception of freedom", 2006b, <https://www.academia.edu/3102843/Liberty_whose_liberty_The_Hague_Programme_and_the_conception_of_freedom>, consulté en ligne le 13 janvier 2019.

BIGO Didier, "Migration and Security Issues", December 27, 2006b, <https://www.academia.edu/3102809/Migration_and_security>, consulté le 10 janvier 2019.

BIGO Didier, "The Emergence of a Consensus: Global Terrorism, Global Insecurity, and Global Security", *in* CHEBEL d'APPOLLONIA Ariane / REICH Simon (eds.), **Immigration, Integration and Security: America and Europe in Comparative Perspective**, University of Pittsburgh Press, 2008, pp. 67-94.

BIGO Didier, "The Emergence of a Consensus: Global Terrorism, Global Insecurity, and Global Security", *in* CHEBEL d'APPOLLONIA Ariane / REICH Simon (eds.), **Immigration, Integration and Security: America and Europe in Comparative Perspective**, University of Pittsburgh Press, 2008, pp. 67-94.

BIGO Didier, "Sécurité et immigration: vers une gouvernementalité par l'inquiétude ?", **Cultures & Conflits**, 31-32, printemps-été, 1998.

BOURBEAU Philippe, "Politisation et sécuritisation des migrations internationales: une relation à définir", **Critique internationale**, no 61, 2013/4, pp. 127-145.

BOURBEAU Philippe, "Processus et acteurs d'une vision sécuritaire des migrations: le cas du Canada", **Revue Européenne des Migrations Internationales**, Vol. 29, no 4, 2013.

BOUTEILLET-PAQUET Daphné, **L'Europe et le droit d'asile: La politique d'asile européenne et ses conséquences sur les pays d'Europe centrale**, L'Harmattan, Paris, 2001.

BOYER Florence / CHAPPART Pascaline, "Les frontières européennes au Niger", **Association Vacarme**, no 83, 2018/2, pp. 92-98.

BRIAN Ian / LANGFORD Peter, "Impediments to the Expulsion of Non-Nationals: Substance and Coherence in Procedural Protection under the European Convention on Human Rights", **Nordic Journal of International Law**, 79, 2010, pp. 457-479.

BROUWER Evelien, "The EU Passenger Name Record System and Human Rights. Transferring passenger data or passenger freedom?", **CEPS Working Document**, no 320, September 2009.

CARLIER Jean-Yves / CRÉPEAU François, "Le droit européen des migrations: Exemple d'un droit en mouvement ?", **Annuaire français de droit international**, CNRS Éditions, Paris, LVII, 2011, pp. 641-674.

CASALE Davide, "Institutional and Legal Aspects of EU Counter-Terrorism", *in* Centre of Excellence Defence Against Terrorism (ed.), **Legal Aspects of Combating Terrorism**, IOS Press, Asterdam, 2008, pp. 115-130.

CASSESSE Antonio, "Terrorism as an International Crime", *in* Andrea BIANCHI (ed.), **Enforcing International Law Norms Against Terrorism**, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2004, pp. 213-225.

CATELAN Nicolas / CIMAMONTI Sylvie / PERRIERR Jean-Baptiste, "La lutte contre le terrorisme dans le droit et la jurisprudence de l'Union européenne", **Recherche réalisée avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice**, Rapport final novembre, Synthèse, 2012.

CHALIAND Gérard / BLIN Arnaud (dir.), **Histoire du terrorisme. De l'Antiquité à Al Quaida**, Bayard, Paris, 2004a.

CHALIAND Gérard / BLIN Arnaud, "De 1968 à l'islamisme radical", *in* CHALIAND Gérard / BLIN Arnaud (dir.), **Histoire du terrorisme. De l'Antiquité à Al Quaida**, Paris, 2004a, Bayard, pp. 243-279.

CHALIAND Gérard / BLIN Arnaud, "Le terrorisme dans la guerre, de la Seconde Guerre mondiale aux guerres de la libération nationale", *in* CHALIAND Gérard / BLIN Arnaud (dir.), **Histoire du terrorisme. De l'Antiquité à Al Quaida**, Bayard, Paris, 2004a, pp. 229-239.

CHALIAND Gérard, **Terrorisme et politique**, CNRS Éditions, Paris, 2017.

CHEBEL d'APPOLLONIA Ariane, "Immigration, Security and Integration in the European Union", *in* CHEBEL d'APPOLLONIA Ariane / REICH Simon (eds.), **Immigration, Integration and Security: America and Europe in Comparative Perspective**, University of Pittsburgh Press, 2008, pp. 203-228.

CHEVALLIER-GOVERS Constance, **De la cooperation à l'intégration policière dans l'Union Européenne**, Bruylant, Bruxelles, 1999.

CLAVET Sophie, "Coopération antiterroriste transatlantique: Sûreté aérienne, transferts de données personnelles et négociation de l'accord *Passenger Name Record*", **Droits fondamentaux**, no 8, janvier 2010 - décembre 2010.

CLAVET Sophie, "Les conséquences de l'accord *Passenger Name Record* sur la protection des droits fondamentaux en Europe", **Droits fondamentaux**, no 8, janvier 2010 - décembre 2010.

COLEMAN Nils, "From Gulf War to Gulf War - Years of Security Concern in Immigration and Asylum Policies at European Level", *in* GUILD Elspeth / BALDACCINI Anneliese (eds.), **Terrorism and the Foreigner: A Decade of Tension around the Rule of Law in Europe**, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden Boston, 2007, pp. 3-84.

COTTEY Andrew, **Security in the New Europe**, Palgrave Macmillan, New York, 2007.

CRELINSTEN Ronald D. / ÖZKUT İffet, "Counter-Terrorism Policy in Fortress Europe. Implications for Human Rights" *in* REINARES Fernando (ed.), **European Democracies against Terrorism; Governmental policies and intergovernmental cooperation**, Ashgate, Dartmouth, 2001, pp. 245-272.

DE GOEDE Marieke, "The Politics of Preemption and the War on Terror in Europe", **European Journal of International Relations**, 14(1), 2008, pp. 161-185.

DE TAPIA Stéphane, **Les nouvelles configurations de la migration irrégulière en Europe: Rapport de conférence 12 et 13 novembre 2002**, Éditions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2003.

DELMAS-MARTY Mireille, "Violence et massacres: entre droit pénal de l'ennemi et droit pénal de l'inhumain", **Dalloz RSC**, 2009, pp. 59 et s.

DESTOMBES Emilie, "L'UE dans le domaine migratoire: la persistance de l'adolescence ou l'avènement de l'âge de raison ?", **Réseau universitaire européen ELSJ**, 23 septembre 2020, <http://www.gdr-elsj.eu/2020/09/23/asile/lue-dans-le-domaine-migratoire-la-persistance-de-ladolescence-ou-lavenement-de-lage-de-raison/>, consulté le 4 novembre 2020.

DOOSJE Bertjan / ZIMMERMANN Anja / KÜPPER Beate / ZICK Andreas / MEERTENS Roel, "Terrorist Threat and Perceived Islamic Support for Terrorist Attacks as Predictors of Personal and Institutional Out-Group Discrimination and Support for Anti-Immigration Policies. Evidence from 9 European Countries", Presses universitaires de Grenoble, **Revue internationale de psychologie sociale**, Tome 22, 2009/3, pp. 203-233.

ECKERT Roland, "Culture or Conflict? Migration, Culture Conflict and Terrorism", *in* Joshua D. Freilich & Robert T. Guerette, **Migration, Culture Conflict, Crime and Terrorism**, Taylor & Francis Group, 2007, pp. 21-25.

ERÇAKICA Mustafa, **Silahlı Çatışma ve İç Karışıklık Sonrası Dönemlerde İnsan Haklarının Korunmasında Birleşmiş Milletler'in Rolü**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

FRUG Gerald E., "The City as a Legal Concept", **Harvard Law Review**, Vol. 93, No 6, 1980, pp. 1059-1154.

GARAPON Antoine / ROSENFELD Michel, **Démocraties sous stress, Les défis du terrorisme global**, Press universitaires de France, 2016.

GUILD Elspeth / CARRERA Sergio / BALZACQ Thierry, "The Changing Dynamics of Security in an Enlarged European Union", **Challenge Liberty & Security**, Research Paper no 12, October 2008.

GUILLAUME Gilbert, **Terrorisme et Droit international**, The Hague Academy of International Law, 2008.

GUIRAUDON Virginie, "Les effets de l'européanisation des politiques d'immigration et d'asile", **Politique européenne**, 2010/2, no 31, pp. 7-32.

HARCOURT Bernard E., "Muslim Profiles Post-9/11: Is Racial Profiling an Effective Counter-terrorist Measure and does it Violate the Right to be Free from Discrimination", *in* GOOLD Benjamin J. & LAZARUS Liora, **Security and Human Rights**, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2007, pp. 73-99.

HARDIN Russell, "Civil Liberties in the Era of Mass Terrorism", **The Journal of Ethics**, 8, 2004, pp. 77-95.

HARRIS David, **Profiling in Injustice; Why Racial Profiling Cannot Work**, The New York Press, 2002.

HOFFMAN Bruce, **Inside Terrorism**, Columbia University Press, New York, 2017.

HUYSMANS Jef, "The European Union and the Securitization of Migration", **Journal of Common Market Studies**, Vol. 38, no 5, 2000, pp. 751-777.

KASTORYANO Riva, "Radicalisation in Europe", **IEMed Mediterranean Yearbook**, Institut européen de la Méditerranée, 2017, pp. 87-92.

LASCOUMES Pierre / PONCELA Pierrette / LENOËL Pierre (1989). **Au nom de l'ordre. Une histoire politique du code pénal**, Hachette, Paris, 1989.

LUTZ James M. / LUTZ Brenda J., **Terrorism, Origins and Evolution**, Palgrave Macmillan, London, 2005.

MARTIN Jean-Cristophe, **Les règles internationales relatives à la lutte contre le terrorisme**, Bruylant, Bruxelles, 2006.

MARTIN Susan / MARTIN Philip, "National Security Discussion: International Migration and Terrorism: Prevention, Prosecution and Protection", **Georgetown Immigration Law Journal**, Vol. 18: 329, 2004, pp. 329-344.

MASSEY Douglas S. / DURAND Jorge / PREN Karen A., "Why Border Enforcement Backfired", **American Journal of Sociology**, 121(5), 2016, pp. 1557-1600.

McDONALD Matt, "Securitization and the Construction of Security", **European Journal of International Relations**, Vol. 14(4), 2008, pp. 563-587.

MIJATOVIĆ Dunja, "Le profilage ethnique: une pratique persistante en Europe", **Le carnet des droits de l'Homme**, 9 mai 2019.

MITSILEGAS Valsamis, "Measuring Irregular Migration: Implications for Law, Policy and Human Rights", *in* Barbara Bogusz, Ryszard Cholewinski, Adam Cygan & Erika Szyszczak (eds.), **Irregular Migration and Human Rights: Theoretical, European and International Perspectives**, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2004, pp. 29-40.

MITSILEGAS Valsamis, "Coopération antiterroriste États-Unis/Union européenne: l'entente cordiale", *in* BIGO Didier / BONELLI Laurent / DELTOMBE Thomas (dir.), **Au nom du 11 septembre... Les démocraties à l'épreuve de l'antiterrorisme**, Éditions La Découverte, Paris, 2008, pp. 118-130.

MITSILEGAS, Valsamis, **The Criminalisation of Migration in Europe. Challenges for Human Rights and the Rule of Law**, Springer Cham, Heidelberg New York Dordrecht London, 2015.

MORAES Claude, "The Politics of European Union Migration Policy", **The Political Quarterly Publishing**, 2003, pp. 116-131.

MÜLLER Jan-Werner, **A Dangerous Mind; Carl Schmitt in Post-War European Thought**, Yale University Press, New Haven and London, 2003.

NAIL Thomas, "A Tale of Two Crises: Migration and Terrorism after Paris Attack", **Studies in Ethnicity and Nationalism**, Vol. 16, no 1, 2016, pp. 158-167.

ÖKTEM Emre, **Terörizm, İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları**, 2. Basım, Derin Yayınları, İstanbul, 2011.

PEYROU Sylvie, "Accord PNR UE-Canada: validation par le CJUE du système PNR, des modalités à revoir ! (réflexions sur l'avis 1/15 de la CJUE, 26 juillet 2017)", **Réseau universitaire européen ELSJ**, 2017, <http://www.gdr-elsj.eu/2017/07/28/informations-generales/accord-pnr-ue-canada-validation-cjue-systeme-pnr-modalites-a-revoir-reflexions-lavis-115-de-cjue-26-juillet-2017/>, consulté le 6 mars 2020.

PEYROU-BARTOLL Sylvie, "Protection des données à caractère personnel: interdiction d'un stockage de masse généralisé et indifférencié, oui mais... Réflexions sur les arrêts de la CJUE, 6 octobre 2020, Privacy international (aff. C-623/17), et la Quadrature du Net, French Data Network, Ordre des barreaux francophones et germanophone (aff. jointes C-511/18, C-512/18, C-520-18)", **Réseau universitaire européen ELSJ**, 22 octobre 2020, <http://www.gdr-elsj.eu/2020/10/22/informations-generales/protection-des-donnees-a-caractere-personnel-interdiction-dun-stockage-de-masse-generalise-et-indifferencie-oui-mais-reflexions-sur-les-arrets-de-la-cjue-6-octobre/>, consulté le 26 novembre 2020.

PICKERING Sharon, "Border terror: policing, forced migration and terrorism", **Global Change, Peace & Security**, Vol. 16, no 3, October 2004, pp. 211-226.

ROBERT Bartko, "Irregular Migration and Terrorism in the European Union", **Journal of Eastern-European Criminal Law**, no 1/2017, pp. 149-154.

SANCHEZ Miguel Acosta, "Coopération et sécurité aux frontières extérieures européennes: le cas du détroit de Gibraltar", **Annuaira français de droit international**, Vol. 54, 2008, pp. 197-223.

SANGUINETTI Gianfranco. **Du terrorisme et de l'État. La théorie et la pratique du terrorisme divulguées pour la première fois**, (traduit par Jean-François Martos), 2e Édition, J.F. Martos, Paris, 1980.

SAUL Ben, **Defining Terrorism in International Law**, Oxford University Press, New York, 2006.

SCHMID Alex P., "Links between Terrorism and Migration: An Exploration", **International Centre for Counter-Terrorism**, The Hague, 2016.

SCHOENHOLTZ Andrew I., "Transatlantic Dialogue on Terrorism and International Migration", **International Migration**, Vol. 41 (4), 2003, pp. 173-192.

SKOLL Geoffrey R., "Toward a Theory of Terrorism: A Multidimensional Analysis", *in* Rene A. Larche (ed.), **Global Terrorism Issues and Developments**, Nova Science Publishers, New York, 2008, pp. 19-60.

SÖNMEZ Pelin, **Avrupa Birliği'nde Yeni Dönem Postkolonyal İlişkiler ve Göç Politikaları Diyaloğu**, Avrupa Birliği Bakanlığı Akademik Araştırmalar Serisi 4, 2015.

SOREL Alexander, "Asylum, Migration and Border Controls in the Hague Programme", *in* ZWAAN Jaap W. de / GOUDAPPEL Flora A.N.J. (eds.), **Freedom, Security and Justice in the European Union: Implementation of the Hague Programme**, TMC Asser Press, The Hague, 2006, pp. 11-20.

TSOUKALA Anastassia, "The Terrorism-Immigration Nexus in the Post-11 September Era: An Analysis of the Political Discourses in the British Press", *in* BERGGREN Erik / LIKIĆ-BRBORIĆ Branka / TOKSÖZ Gülay / TRIMIKLINIOTIS Nicos (eds.), **Irregular Migration, Informal Labour and Community: A Challenge for Europe**, Shaker Publishing, Maastricht, 2007, pp. 393-400.

TUMLIN Karen C., "Suspect First: How Terrorism is Reshaping Immigration Policy", **California Law Review**, Vol. 92, Issue 4, 2004, pp. 1173-1239.

VEDASCHI Arianna / GRAZIANI Chiara, "PNR Agreements Between Fundamental Rights and National Security: Opinion 1/15", 23 janvier 2018, <http://europeanlawblog.eu/2018/01/23/pnr-agreements-between-fundamental-rights-and-national-security-opinion-115/>, consulté le 1er février 2019.

WILLIAMS Michael C., "Words, Images, Enemies: Securitization and International Politics", **International Studies Quarterly**, Vol. 47, no 4, 2003, pp. 511-531.

ZHIRKOV Kirill / VERKUYTEN Maykel / WEESIE Jeroen, "Perceptions of world politics and support for terrorism among Muslims: Evidence from Muslim countries and Western Europe", **Conflict Management and Peace Science**, Vol. 31 (5), 2014, pp. 481-501.

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2021; 1: 517-558

KÜRESEL TERÖRİZM KARŞISINDA İNSAN HAKLARINI YENİDEN DÜŞÜNMEK: SCHMITTYEN BİR YAKLAŞIM DENEMESİ(*)

Arş. Gör. **Haşim ÖZPOLAT**(**)

Öz: Evrensel etik değerler olarak insan haklarının hukuk ve politika alanının temel düşünsel araçları haline gelmesi batı demokrasilerinde hukuk ve politikada gittikçe artan bir ahlakileşme (*moralization*) sürecini beraberinde getirdi. Evrensel bir yasa koyucunun var olmaması ve bu değerlerin esas olarak tarihsel değerler olması ile evrensel değerlerin ulus devletler eliyle diğer ulus devletlere benimsetilmeye çalışılması kaçınılmaz olarak çok çeşitli krizleri beraberinde getirdi. "Mutlak iyi değerler" olarak bu insan haklarını, tüm yerkürede geçerli kılma çabasına çoğu kez belli politik çıkarlar eşlik ettiği için, bu çaba ile küresel terör örgütlerinin yani "mutlak kötülerin" ortaya çıkışı arasında bir ilişki mevcuttur. Bu çalışmada ilk olarak Carl Schmitt'in *nomos* kavramı ekseninde toprağa (*terrestiral*) bağlı *jus publicum europaeum* düzeninin bozulması ile ortaya çıkan ve toprakla bağını koparmış evrenselci iddialar tarafından şekillenen yeni uluslararası düzen analiz edilecektir. Akabinde bu yeni uluslararası düzenin ürettiği bir politik şiddet biçimi olarak küresel terörizm ele alınacaktır. İnsan haklarını korumak maksadıyla ortaya konulan düzenin bir yansıması olarak küresel terörizmin nasıl geri dönerek insan hakları düşüncesine zarar vermeye başladığı ve özellikle batı liberal demokrasilerini "olağanlaşmış olağanüstü hâl" ile nasıl tehdit ettiği incelenecek ve bu değerlerin evrensel etik değerler olarak değil fakat ulus devletteki politik işlevleri üzerinden yeniden düşünülmesi teklif edilecektir.

Anahtar Kelimeler: Terörizm, Olağanlaşmış Olağanüstü Hâl, İnsan Hakları, Nomos, Küreselleşme.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 02.03.2020. Makale Kabul Tarihi: 24.03.2021.

(**) Marmara Üniversitesi, Siyasal Bilgiler Fakültesi, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı (ORCID no: 0000-0002-5451-0343; *ozpolathasim@gmail.com*).

İlk olarak bu konuya dikkatimi çekip, bu çalışmayı hazırlamama vesilen olan ve eleştirileriyle eksikliklerime dikkat çeken Prof. Dr. Osman Can'a teşekkür ederim. Çalışmaya başlamadan önce gerçekleştirdiğim ziyarette bana zaman ayırıp, tavsiyeleri ve eserleriyle yol gösteren Doç. Dr. Murat Ertan Kardeş'e teşekkür ve minnetlerimi sunarım.

CARL SCHMITT AND RETHINK HUMAN RIGHTS AGAIN IN AGE OF TERORISM

Abstract: Human rights as new universal ethical values have become the main intellectual tools of political and legal thought which has caused moralization of law and politics in western democracies. The absence of a universal legislator and the fact that these values were formed by some certain nations make impossible to impose these values to other nations. There is parallelism between the attempt to impose human rights as "universal absolute good values" and the emergence of global terrorists as "universal villains". In this paper, the new international order, which is formed after the disruption of *jus publicum europaeum*, is analyzed in the context of the concept of Carl Schmitt's *nomos*. Global terrorism will be considered as a form of political violence produced by this new international order. As a result of the order put forward to protect human rights, it will be discussed how global terrorism has returned and started to damage human rights and rule of law values, especially threatens western liberal democracies with the "normalization of emergency situations". As a result, the criticism of human rights as universal ethical values will be made by emphasize the tension of nation state-universalist ideas and it will be suggested to rethink these values not as universal ethical values but as their political functions in nation state.

Keywords: Terrorism, Normalization of State of Exception, Human Rights, Nomos, Globalization.

GİRİŞ

Thomas Hobbes, kaos ve anarşi dönemi olarak nitelediği doğa hâlini egemen devletin öncesine konumlandırmış ve egemenin meşruiyeti ile temel misyonunu bu doğa hâlindeki güvensizlik durumunun ortadan kaldırılması üzerine inşa etmişti. Her ne kadar doğa hâlini, devleti önceleyen mitik bir kadim zaman olarak teorileştirse de esasında İngiltere'de yaşanan iç savaş üzerine düşüncelerini şekillendirmiş ve bu olağanüstü durumu (istisna hâlini) alıp devletin dışına yerleştirmişti. Fakat yine de Hobbes eserini tabiat halinde yaşayan insanlara yol göstermek için değil, belli bir politik sistem içinde yaşayan insanları, bu düzene zarar vermemeleri ve iç savaştan neden kaçınmaları gerektiğini göstermek için yazmıştı.[1] Schmitt ise bir anlamda Hobbes'un çalışmasını güncellemiş, kadim geçmişe ait bu mitik köken anlatısını şimdiki zamana çekerek egemeni yeniden tanımlamaya girişmişti. Esasında Hobbes da Schmitt gibi istisna hâli (İngiliz iç savaşı) üzerine tezlerini oluşturmuşsa da egemen devletin henüz oluşmadığı zamanda ilk önceliği, bu

[1] RUNCIMAN David. **Politika**, (çev. A. Ceren Altunkanat). 1. Basım, İstanbul: Demingo, 2016. s. 115.

egemene rasyonel bir köken ve anlatı sunmak olduğu için anarşi ve kaos durumunu devleti önceleyen bir nokta olarak ele almıştı.

Schmitt, Hobbes'un tarihsel bir yaklaşımla okunması gerektiğinin altını çiziyor. Ona göre Hobbes'un asıl amacı doğa durumu tehlikesini her devletin kendi içinde taşıdığını göstermektir. Hobbes doğa durumunu devlet öncesi bir yere konumlandırmıştır ancak bu doğa durumu, mevcut bir devletin yok olması sonucu da oluşabilir. Ayrıca Hobbes'un doğa durumu tasviri de aslında zayflayan İngiliz devleti otoritesinin neden olduğu karışıklık ve kaos durumunu anlatır. Doğa durumu bu yüzden hayali bir varsayım değil, gerçek bir durumdur ve zayıflayan her devlet için bu doğa durumuna düşme ihtimali mevcuttur.[2] Bu yüzden Schmitt aslında Hobbes'un doğa durumunu devletin dışında bir yere konumlandırmaktansa, ne içerde ne de dışarda olan bir eşik olarak yeniden yorumlamıştır.[3]

Hobbes, Locke ya da Rousseau'da devletin nasıl tanımlandığını anlamanın ilk adımı doğa halini nasıl tanımladıklarına bakmaktır. Doğa halinde gördükleri eksiklik ya da tehlike üzerinden egemeni tanımladıkları için bu unsurlar egemenin sınır hatlarını, onu çerçeveleyen en dıştaki çizgileri işaret ederler. Aynı şeyi Schmit'in istisna hâli için de söyleyebiliriz. Egemen devletin ne anlama geldiğini anlayabilmek için eşiğe, yani istisna hâline dönmek gerekir. Çünkü egemen ancak o anda varoluşunun özünü ortaya koyar. İstisna halinin en uç durumu olan savaş durumu egemenin sınır hattını oluşturur. Bu yüzden savaş konseptinin nasıl dönüştüğünü anlamak devleti ve uluslararası düzenin dönüşümünü anlamanın anahtarlarından biridir. Bundan dolayı bu çalışmada egemen devletin sınır durumu olarak savaş konseptinin dönüşümü eksen olarak alınacak ve ana sorun bu eksen üzerinde şekillenen tarihsel şema üzerine oturtulacaktır.

Bu çalışmanın ana amacı küresel terörizm ile insan hakları arasındaki ilişkiyi incelemektir. Yapılmaya çalışılacak olan küresel terörizm karşısında insan haklarını korumak için hangi somut tedbirler alınmalıdır sorusuna yanıt aramak değildir. Yapılması amaçlanan şey Schmittyen bir perspektiften evrensel insan hakları değerleri ile modern bir politik şiddet biçimi olan küresel terörizmin ortaya çıkışı arasındaki bağlantıyı ele almaktır. Bu bağlamda terö-

---

[2] THOMSEN Jacob Als. "Carl Schmitt- The Hobbesian of the 20th Century?" **Social Thought & Research**, vol. 20, no. 1/2, 1997, ss. 5-28. s. 24.

[3] AGAMBEN Giorgio. **Kutsal İnsan: Egemen İktidar ve Çıplak Hayat**, (çev. İsmail Türkmen). Ayrıntı Yayınları, 2001. s. 29.

rizmi ortaya çıkaran politik dönüşümün araçlarından birisinin ebedi-etik değerler olarak insan hakları ideolojisi ya da dogması olduğu iddia edilecektir. Bunu yaparken yukarıda işaret ettiğimiz bir sınır durumu olarak savaş konseptinin ve bununla beraber uluslararası hukukun dönüşümü ele alınarak yeni bir tür politik şiddet biçimi olan küresel terörizmin bu dönüşümde nereye oturduğu ortaya konulacaktır. Son olarak da terörizmin insan hakları konseptini nasıl etkilediği sorusu ele alınacaktır. Belirtmek gerekir ki çalışmada amaçlanan şey insan haklarını bütün olarak reddetmek değil, insan haklarına ilişkin daha sağlıklı bir yaklaşım için çeşitli sorunlara işaret etmektir.

I. JUS PUBLICUM EUROPAEUM

Krallar, derebeyler, prensler, cumhuriyetler, imparatorluk ve Kilise ... Orta Çağ Avrupa'sına bir bakış attığımızda karşımıza çıkacak ilk manzara aynı toprak ve nüfus üstünde aynı anda birden fazla politik iktidarın hakimiyet sahibi olduğudur.[4] Bir feodal beyin serfi olarak hayatını sürdürüyorken *prima inter pares* bir kralın tebaası ve aynı zamanda *res publica christiana'*nın mensubu olunabilirdi. Bu üç iktidar arasında da gerçek anlamda bir hiyerarşi mevcut değildi. İktidarların bu birbiriyle çakışan yapısı yüzünden Avrupa'yı kaosa sürükleyen iç savaşlar içinden çıkılmaz bir hâl almıştı. Özellikle din kökenli savaşlar, ki bunların bazıları bir kralın kendi tebaasına karşı yürüttüğü savaşlardı, sınırsız bir şiddetin doğumuna neden oluyordu. Her ne kadar Hristiyanlık dünyası çok önceleri savaşları sınırlandırma ve düzenlemeye ilişkin pek çok ilke kabul etmişse de bunların şiddetin sınırsızlığını engellemek bir yana onu iyice çığırından çıkardığını söyleyebiliriz. Çünkü bu ilkeler her iki tarafın da Hristiyan daha doğrusu Katolik olduğu durumlar için kabul edilmişti. Bu bakımdan haklı savaş-haksız savaş konseptinin geçerli olduğu bu düzende barbarlar, heretikler, dinsizlere karşı yapılan savaşlar *bellum justum* yani haklı savaş olarak kabul edilmişti. Haklı savaşta karşı taraf ontolojik bir düşman olarak kodlandığı için bunlarla yapılan savaşlar ancak düşman tamamen ortadan kaldırılınca sona ererdi. Bu yüzden haklı savaşlar zaman ve mekân olarak sınırsız, savaşçı-sivil ayrımının gözetilmediği, barışın mümkün olmadığı savaşlardı.

Bu din merkezli mezhep savaşlarının kaosa sürüklediği ortamda modern devlet ortaya çıkmaya başladı. Özellikle 30 yıl savaşlarını (1618-1648) izle-

---

[4] GROSS Leo. "The Peace of Westphalia, 1648-1948." **American Journal of International Law**, vol. 42, no. 1, 1948, ss. 20-41. s. 28.

yen Vestfalya (*Westphalia*) Barışı uluslararası ilişkilerde önemli bir dönüm noktası oldu. Uluslararası ilişkilerin rasyonalize edilme çabası sonucu ortaya çıkan bir form olan modern egemen devletler sayesinde insanların, ana politik kimliklerini bu yeni form üzerinden tanımlanmaya başladığı bir politik düzen ortaya çıktı.[5] Bu süreçte kamusal alanın teolojiden arındırılmaya, insanların devlet dışındaki unsurlardan kaynaklanan kimlikleri politik alanın dışına itilmeye başlandı. Bu kurguya göre egemenin sınırları içerisinde yaşanan dini, idelolojik ya da etnik çatışmalar yalnızca bu egemeni ilgilendiren dâhili sorunlardı. Bir başka ülkenin bu konulara müdahale etmesi yeni uluslararası hukuka aykırılık teşkil edecekti. Bu yeni siyaset biçimi sayesinde çeşitli aktörlerin bunları gerekçe göstererek düşmanlığı meşrulaştırmasının önüne geçilmiş oldu.[6]

Machiavelli'den Bodin'e oradan da Hobbes'a uzanan çizgide devletin yasa koyucu güç olarak ortaya çıkışıyla beraber[7], Avrupa'ya uzun zamandır hâkim olan kral, imparator, derebeyler ve kiliseden oluşan politik kaos durumundan, sadece devletlerin aktör olduğu ve her bir devletin de aktör olarak yalnızca devletleri tanıdığı egemen devletler sistemine geçildi. Egemen devlet merkezli, teolojiden arındırılıp rasyonalize edilen bu yeni düzende savaşların da niteliği değişmeye başladı.[8] Savaş için haklı bir gerekçeye (*just causa*) dayanma gerekliliği ortadan kalktı ve rasyonalize edilmiş, herhangi bir nedene dayanması gerekmeyen bir savaş konsepti ortaya çıktı. İlk bakışta oldukça olumsuz gibi görünse de savaşların sınırlandırılması ve insanileştirilmesi için büyük bir ilerlemeydi.

Nedene dayalı haklı savaş konseptinde asıl amaç savaşların (en azından *res publica christiana* içinde) engellenmesiydi. Ancak tarih, politikanın ayrılmaz bir uzantısı olan savaşlar için devletlerin haklı gerekçeleri zorlanmadan bulabileceğini defalarca ortaya koydu. Bu yüzden savaşları başlamadan engellemeye dönük çabaların, en azından öngörülebilen bir geleceğe kadar, gerçek dışı bir düşünce olduğu söylenebilir. Haklı gerekçelerin bulunduğu durumlarda ise sınırlandırılmamış şiddet çok büyük yıkımlara neden oluyordu. Savaşlara ilişkin haklı ya da haksız gerekçe oluşturacak değerlerin ortaya

---

5 Age. s. 29.

6 KOCHİ Tarık. "The Partisan: Carl Schmitt and Terrorism." **Law and Critique**, vol. 17, no. 3, (2006a), ss. 267-295. s. 271.

7 MAİRET Gerard. "Padovalı Marsilius'dan Louis XIV'e Laik Devletin Doğuşu." **Devlet Kuramı**, Editör: Cemal Bali Akal, Dost Yayınları, 2013, ss. 215-245. s.232.

8 SCHMITT Carl. **The Nomos of the Earth**. 1. Baskı, New York: Telos Press, 2006. s. 141.

konulması ve bu sayede bazı savaşların haklı olduğu sonucuna ulaşılması, bu savaşları haklı-haksız, iyi kötü, inanan-dinsiz ayrımına sokuyordu.[9] Düşmanın dinsiz denilmek suretiyşle moral anlamda kötü olarak kodlandığı, kriminal bir varlık olarak görüldüğü ve hiçbir hakka sahip olmadığı din savaşlarında amaç düşmanı tamamen ortadan kaldırmaktı.[10] Düşmanın barbar, kötü, insanlık dışı ya da dinsiz olarak görüldüğü düşmanlık durumlarında ortaya çıkan şiddet hareketlerinin iki olumsuz sonucu vardı: İlki, savaşın ancak düşman tamamen ortadan kaldırılınca sona ermesidir. Bu da ancak uzun bir mücadele, kovalama, saklanma sonunda yaşanan kanlı katliamlarla mümkün olabilecek, şiddeti zaman ve mekânın ötesine geçiren bir şeydi. İkinci sonuç ise yalnızca aktif silahlı kişiler değil, o kimliğe sahip herkesin düşman olarak görülmesi nedeniyle sivil-savaşçı farketmeksizin herkesin yok edilmeye çalışılmasıydı. Savaş tekelinin egemen devlete özgülenmesi ile savaşın yegane muhatabı devletler haline geldi. Yani yeni düzende kişiler bireysel olarak kendileri değil, bir devletin vatandaşı olarak düşman olmaktaydılar artık.[11] Bu durum, devlet yenildiğinde o kişilerin de yenildiği ve bu kişileri hedef alan şiddetin de sonra erdiği anlamına geliyordu.

Jus public europaeum denilen bu yeni uluslararası sistemde savaşlar, haklı ile haksız/ iyi ile kötü arasında değil; çıkarları çatışan, birbirine eşit ve meşru iki aktörün arasında gerçekleşen çarpışmalar halini aldı. Birbirlerinin meşruiyetini kabul eden ve baştan kabul edilen kurallara uygun olarak gerçekleşen çarpışmalar ile de-moralize edilmiş bu yeni savaş konsepti, dini nedenlerden kaynaklanan savaşların neden olduğu büyük şiddet ve yıkımı ortadan kaldırmış oldu.[12] Bu sayede din savaşlarının neden olduğu, insan veya toplulukların sadece sahip oldukları kimlikler yüzünden (Katolik, Protestan vs) ortaya çıkan ve düşman yok oluncaya kadar bitmeyen savaşlar son buldu.[13]

Politik şiddet tekeline sahip yegane aktör olarak modern devletin ortaya çıkması, savaşların maddi niteliğine ve nedenlerine dair ilkeler koyarak sa-

---

9 "*Princeps qui habet bellum justum fit iudex hostium...*" (A Prince who fights a just war becomes a judge of the enemy). Bkz. Aktaran age. s. 123.

10 Age. s. 123.

11 De BENOIST Alain. **Carl Schmitt Today: Terrorism, Just War, and the State of Emergency**. Arktos, 2013. s. 23.

12 KOSKENNIEMI Martti. "Carl Schmitt and International Law." *The Oxford Handbook of Carl Schmitt*, 2016.s. 602.

13 KOCHI, 2006a. s. 271.

vaşların sınırlandırılması fikri yerine formel sınırlandırma konseptini ortaya çıkardı. Esirlere ve sivillere nasıl davranılacağı, tarafsız kalan unsur ve devletlere saygı duyulması, büyükelçilerin dokunulmazlığı, barış yapma şekli gibi pek çok konu ortak kabulle Avrupa Kamu Hukukunun parçası haline geldi.[14] Savaşlar artık nötralize edilmiş, teolojik içeriğinden arındırılmış, "bir form olarak savaş" (*war in form*) haline gelmişti.[15] Dini savaşlarda düşmanın eşit bir aktör olarak görülmeyip 'dehümanize' edilmesi, moral anlamda aşağı seviyede görülmesi bu savaşların yok edici niteliğinin ana kaynağı idi. *Res publica Christiana* döneminin yıkıcı şiddetine karşı ortaya çıkan, kutsal amaçlardan arındırılmış savaş konsepti (*regulated war)* ile taraflar birbirlerini varlıklarına saygı duydukları ve birbirilerine suçlu gibi davranmadıkları için barış yapmak mümkün hale geliyordu. Avrupa Kamu Hukukunda devletlerin birbirlerine eşit ve birbirlerinin egemenliğini kabul eden aktörler olarak ortaya çıkması savaşların yok edici (*annihilation*) niteliğini de ortadan kaldırdı.[16] Elde edilmek istenen çıkarlar adına devletlerin, orduları ile karşı karşıya gelip çarpıştığı ve sonucunda barışın yapıldığı bir düzene geçildi. Bu durum hem savaşın dar bir zamana hapsedilmesini ve olağan durumdan savaşın çıkarılmasını sağladı hem de savaşın sadece savaşçılar arasında gerçekleşmesi yoluyla şiddetin tüm insanlara yayılmasını engellenmiş oldu. Din savaşlarında savaşın nihayeti ancak düşmanın ortadan kaldırılmasıyla gerçekleşebiliyordu. Pek çok zaman da din savaşları iç savaş olarak ortaya çıktığı için devlet ile heretik unsurların karşı karşıya geldiği ve devletin kendi tebaasını katlettiği örnekler ortaya çıkıyordu.

Savaşların yok etme savaşları olması, barışı bu savaş konseptinde yeri olmayan bir şey haline getirmişti. Çünkü inananlar ile dinsizlerin, iyiler ile kötülerin, haklı ile haksızın barış yapması mümkün değildi. Çünkü "iyi" ancak "kötü" tamamen ortadan kaldırıldıktan sonra kendisini güvende hissedebilir. Ancak yeni devletler düzeninde egemen devletlerin tüm savaşları, barışa doğru savaşlardı. Amaç çoğu zaman egemeni ya da hükümeti devirmek değil, bölgesel hedeflere ulaşmaktan ibaretti. İstenilen elde edildikten sonra gerçekleşen şey barış yapılması ve olağan düzenin yeniden kurulmasıydı. Düşmanlığın kaynağı, düşmanın kimliği değil sahip olduğu şey (toprak, mal, maden vb.) olduğu için elde edilmek istenilen şey elde edilince

---

[14] De BENOIST, 2013. s. 22.

[15] SCHMITT, 2006. s. 141.

[16] Age. s. 142.

veya elde edilemeyeceği anlaşılınca savaş sona erer ve barış yapılırdı. Doğrudan düşmanın varlığı hedef alınmazdı. Schmitt'in altını çizdiği gibi bugün bunlar unutulmuş olsa da devletin yüceltilmesi sayesinde bu uluslararası düzen kuruldu ve savaşların yok ediciliği ortadan kaldırılabildi.[17]

II. DÜNYANIN *NOMOS*'UNUN BOZULMASI

Dünya değişiyor. Bunu suda hissediyorum. Toprakta hissediyorum. Kokusunu alıyorum. Eskilerden pek bir şey kalmadı. Zira hatırlayanlardan yaşayan yok artık[18]

Kitabında ayrıntılı olarak yaptığı analizlere girmeden, Schmitt için dünyanın *nomos*u kavramının basitçe dünyanın düzeni olduğunu söyleyebiliriz. Dünyanın düzeninden kastı da politik aktörlerin yani devletlerin ortak kurallarla inşaa ettikleri yapıdır.[19] Vestfalya düzeninde Avrupa bir *nomos* inşa edebilmişti. Egemen devletlerin birbirleri ile denge içinde oldukları, olağan düzende birbirlerinin iç düzenine karışmadıkları bir denge düzeni mevcuttu. Bir istisna hâli olarak savaşlarsa olağan düzenin dışında, dar bir zaman ve mekânda ve yalnızca savaşçılar arasında gerçekleşen bir olaya indirgenmişti.[20] Savaşların amacı elde edilmek istenen elde edildikten sonra tekrar olağan düzene dönmekti. Bu yüzden savaş ile barış arasında keskin bir ayrım da mevcuttu. Her egemen kendi ülkesinde mutlak ve dokunulmaz olduğu ve dinsel (ya da ideolojik) gerekçelerle başka bir devlet üzerinde hakimiyet kurma çabası da olmadığından dolayı savaşlar devletlerin kimlikleri nedeniyle değil yalnızca çıkar çatışması durumlarında ortaya çıkıyordu. Devletin kimliği, ne'liği üzerinden yaşanan savaşlar bu kimlik devam ettiği sürece yaşanmaya devam ettiği için barışı imkânsızlaştıran bir savaş düzeniydi. *Jus publicum Europaeum* ise bunu aşmış ve savaşı dar bir alana sıkıştırmayı başarmıştı. Bunu da her şeyden önce devletlerin kendilerini yalnızca kendi topraklarından sorumlu görmesi, bir başka devletin toprağında ne olup bittiğiyle ilgilenmemesi sağlamıştı.

---

17 Age. s. 142.

18 J.R.R. Tolkien, Lord of the Rings.

19 ULMEN G. L. "Translator's Introduction." **The Nomos of the Earth**, 1. Baskı, Telos Press Publishing, 2006. s. 10.

20 SCHMITT Carl. **The Theory of the Partisan, (**çev. A.C. Goodson) 1. Baskı, Michigan State University Press, 2004. s. 6.

Düzen (*order*) ile toprak (*land*) arasında zorunlu bir ilişki bulunduğunu düşünen Schmitt, su (hava veya uzay) mantığı (*logic*) ile toprak mantığı arasındaki farlılıklara işaret ederek denizlerin akışkan, sınırlanamaz ve dolayısıyla düzeni imkânsız kılan bir tabiatı varken; toprağın etrafı sınırlarla çevrilebilir, somut ve sabit yapısı nedeniyle düzeni mümkün kıldığını söyler.[21] Bu yüzden bir deniz devleti olamayacağı gibi denizlerdeki hakimiyet üzerinden bir düzen ve denge de kurulamayacağını düşünür. Politik düzen ancak toprak üzerinden kurulabilir. Toprağa bağlı olmayan bir politik düzenin mümkün olmadığını düşünür. Bu yüzden de uluslararası hukuku anlamaya dönük çalışmalarda toprak-bölüşümü (*land apprapriation*) konseptini merkeze alan bir yaklaşımın açıklayıcı olduğunu söyler.[22]

*Res publica Christiana'*da toprak bölüşümü belirsiz olduğu için düzen kurulması mümkün olmamıştı. Çünkü bir toprak parçası ve orada yaşan insanlar üzerinde birden fazla gücün (kral, feodal bey, kilise, imparator) farklı farklı hakları iddia edebilmesi ya da burada yaşayanlara etki etmek istemeleri nedeniyle bir *nomos,* bir düzen inşaa edilememişti. *Res publica Europaeum* ise bütün düzenin toprak paylaşımı üzerine inşaa edildiği bir sistemdi. Bu yeni düzene göre egemen, sahip olduğu topraklar üstündeki en yüksek iradedir ve başka bir egemenenin bu alana müdâhil olmaya çalışması yeni uluslararası hukuka aykırı bir faaliyettir. Hristiyanlığın evrenselci iddialarının, kilise ya da Hristiyanlık adına hareket ettiğini iddia eden güçlere, diğer politik aktörlere müdahale etme imkânı vermesine karşılık, modern egemen devletin üstünde bir otorite ve evrensel değerler bulunmadığı için bu tür çatışmalar büyük oranda ortadan kalkmıştı. Üç yüzyıl süren bu *res publica europaeum* düzeni ve Avrupa *nomos*'u 20. yüzyılın başlarından itibaren yavaş yavaş çözülmeye başladı. Bu bölümde *nomos*'un çözülmesini iki perspektiften inceleyeceğiz: İlk olarak uluslararası perspektiften Vestfalya düzeninin ortadan kalkıp, orta çağ haklı savaş konseptini hatırlatan bir savaş konseptine geri dönüşün yaşandığı universalist devletler düzeninin (ya da düzensizliği?) ortaya çıkışı incelenecektir. Bu bağlamda özellikle Schmitt'in depolitizasyon çağı ve dünya iç savaşı kavramları ile çizdiği çerçeve izlenecektir. İkinci kısımda egemen devletler düzeninin çözülmesine imkân sağlayan politik özne olarak modern insanın ortaya çıkışı ele alınacaktır. Bu bağlamda ilk olarak modern zamanlarla beraber insanların tüm varlıklarının

---

[21] SCHMITT, 2006. s. 42.

[22] Age. s. 42.

politikanın konusu haline gelmesini sağlayan süreç ortaya konulacak, daha sonra siyasetin ve sonrasında hukukun ahlakileşmesi olarak kavramsallaştırdığımız, sol taleplerle beraber dönüşen liberal batı değerlerinin politik ve hukuki alanı ahlakileştirerek depolitize etmesi sürecine değineceğiz. Bu siyasetin ahlakileşmesi olgusu aynı zamanda sonraki kısımda ele alacağımız, evrensel moral değerlerin düşmanı olarak teröristin "dünyanın büyük kötüsü" olarak ortaya çıkışına da bir zemin oluşturacağı için okurken bu konunun ileriye dönük atfının da akılda tutularak okunması faydalı olacaktır.

1. Yeni Orta Çağ

Schmitt, uluslararası hukuka ilişkin yaklaşımında iki noktanın kurucu olduğunu düşünür. Bunlardan ilki her egemenin sınırlandırılmamış savaş hakkına sahip olması, ikincisi ise uluslararası alanda çoğulculuğun mevcut olmasıdır.[23] Devletlerin herhangi bir müdahale olmadan, kendileri tarafından inşa edilen kimlikleri ile uluslararası alanda bağımsız aktörler olarak yer almaları uluslararası alanda açık bir anarşiye yol açıyor gibi görünse de Schmitt aksi görüşü savunur. Vestfalya Barışı sonrası oluşan düzen, devletlerin Hobbesçu anlamda doğa halinde var olduğu bir kaos halini çağrıştırsa da somut durum geçmişe nazaran daha dengeli bir yapı arz etmişti. Şüphesiz bu dengenin kaynaklarından biri Avrupalı devletlerin mücadelelerini Avrupa dışına taşıması, bu mücadeleleri sömürge savaşları yoluyla gerçekleştirmesi de etkili olmuştur ancak yine de ortaya çıkan bu devletler anarşisi, Napolyon gibi dengeyi sarsacak güçlü aktörlerin ortaya çıkması gibi durumlar haricinde, belli bir denge ve düzen ortaya koymuştu. Devletlerin birbirlerini meşru aktörler olarak tanımaları ve yenilen düşmanın moral anlamda kriminalize edilmemesi, savaşların yok etme savaşlarına dönüşmesini engellemiş, çatışmalarda asker-sivil ayrımlarını yapılmasına imkân vermişti.[24] *Jus publicum Europaeum'*da bu düzenin başarılı bir uygulamasının ortaya konulduğunu savunan düşünür, egemen devletleri hârici bir güç yoluyla sınırlandırma girişiminin (din savaşlarında olduğu gibi) düzenin kurulmasını imkânsızlaştıracağını ve daha büyük şiddet eylemlerine yol açacağını savunur.[25]

---

[23] VINX Lars. "Carl Schmitt." **Stanford Encyclopedia of Philosophy** (Online Ansiklopedi), 2019. https://plato.stanford.edu/cgi-bin/encyclopedia/archinfo.cgi?entry=schmitt. Erişim Tarihi: (10.08.2020).

[24] Age. (Online Ansiklopedi). Erişim Tarihi: (10.08.2020).

[25] Age. (Online Ansiklopedi). Erişim Tarihi (10.08.2020).

19. yüzyılın sonlarına doğru çözülmeye başlanan egemen devlet merkezli *jus publicum europaeum*, Milletler Cemiyeti'nin kurulmasıyla beraber ciddi anlamda itibar kaybetmişti. Schmitt, bu oluşum ile ortaya çıkan yeni düzenin iki bakımdan ciddi sorunlara neden olacağını söyler. Bunlardan ilki eşit ve meşru aktörler arasında gerçekleşen savaş konseptinin bu yeni düzenle uyumsuz olmasıdır. *Jus publicum Europeuam* düzeninde savaş, birbirine eşit ve meşru aktörler arasında gerçekleşen, kriminalize edilmeyen bir durumdu. Herhangi bir savaşın meşru ya da illegal olduğuna karar verecek bir üst mercii bulunmadığı gibi savaşın haksız olduğu yargısına ulaşmayı sağlayacak devletler üstü değer veya hukuki normlar da yoktu. I. Dünya Savaşı sonrası dönemde Amerika'nın büyük oranda yol göstermesiyle galip devletler, savaşları engellemek adına devletler üstü hukuki değerler ile bu değerleri koruyacak mekanizmalar oluşturma çabasına giriştiler. Savaşın hangi durumlarda meşru hangi durumlarda gayrımeşru olduğuna ilişkin bu değerlerin kabulü ile savaşlar, nötr niteliklerini kaybederek devletler etiği diyebileceğimiz yeni değerler yoluyla etiğin ve oluşturulan normlar yoluyla hukukun konusu haline gelmeye başladı. Artık savaş, mutlak anlamda egemen devletin hakkı olarak görülmeyecek, ortaya konulan değerlere aykırı hareket eden devletlere müdahale edilebilecekti. Bu yeni düzen, savaşları hukukun konusu hatta daha ilerisi, ceza hukukukun konusu haline getiriyordu. Savaşların kriminalize edilmesi savaşan devletleri eşit taraflar olmaktan çıkarıyor ve kimi durumlarda polis-suçlu ilişkisine indirgiyordu.[26]

Savaşın suçlu-polis ve iyi-kötü ilişkisi içine sokulmasının pek çok sorunu beraberinde getirmesi kaçınılmazdır. İlk olarak suçlu-polis ilişkisi, bir bütün olarak tek bir devletin kendi yapısı içierisinde anlamlı ve uygulanması mümkün bir ilişkidir. Anlamlı bir ilişkidir çünkü suçun kendisine göre belirleneceği değerleri ortaya koyacak, bu kuralların uygulanacağı kişilerin üzerinde üstün ve karar verici bir irade olarak egemen vardır. Aynı şeyin devletler arası düzende ne kadar mümkün, mümkün olan biçiminin ne kadar sağlıklı olduğu tartışmalıdır.[27] Tüm devletlerin üstünde, hepsinin uyacağı norm koyucu ve bu normları koruyucu bir irade söz konusu olmadığı gibi devletlerin eşit iradeleri ve ortak rızaları yoluyla kabul edilecek üst normların oluşumunda bu ortak iradelerin oluşumu süreci de şüphelidir. Kabul edilecek bu

---

[26] SCHMITT Carl. **Die Wendung Zum Diskriminierenden Kriegsbegriff**. 3 Baskı, Duncker und Humblot, 2003. s. 48.

[27] DOUZINAS Costas. **İnsan Haklarının Sonu**, (çev. K. Akbaş / U. D. Tuna). 1. Baskı, Ankara: Dipnot, 2018. s. 357.

üstün normların aslında hegemon devletlerin dayattığı değerler olarak ortaya çıkma ihtimali söz konusudur. Bu yüzden haklı-haksız savaş belirlenimlerinin bu hegemon kuvvetlerin iradeleri doğrultusunda oluşturulan değerlere göre belirlenmesi ihtimali ortaya çıkacaktır. Ayrıca normları koruyucu kuvvetler olarak "suçlulara" karşı "polisiye" tedbirler alacak kuvvetler de bu hegemonik güçlerin istekleri doğrultusunda şekillenecektir. Özetle çatışmaların taraflarından bazıları hem davacı, hem polis hem hakim hem de savcı misyonunu üstleneceklerdi.

Polis-suçlu ilişkisine indirgenen savaş konseptinin ancak bir devletin kendi iç düzeninde mümkün olduğunu, devletler arası ilişkilerde bunun mümkün olmadığını söylemiştik. Devletin kendi koyduğu normları koruyabilecek ordusu, polisi ve mahkemeleri mevcuttur. Bu yüzden normlara aykırı faaliyette bulunanları engelleyip düzeni koruyabilir. Yeterli güce sahip olmayan ve koyduğu düzeni koruyamayan devletlerde ise iç savaş, kaos ve karmaşa kaçınılmaz olur. Uluslararası planda ise evrensel bir düzen kurup bunu koruyabilmek imkânsızdır. Her şeyden önce bir dünya devleti mevcut değildir. Evrensel normları koruyucu mekanizmalar da bu normlara göre oluşturulmak istenen düzeni koruyabilecek fiziksel imkânlardan yoksundur. Bundan dolayı nasıl bir devlet kendi koyduğu düzeni koruyabilecek mekanizmalardan yoksun olduğu durumlarda ortaya çıkan şey iç savaş ve kaossa, oluşturulması amaçlanan evrensel düzende de iç savaş (dünya iç savaşı) ve şiddet kaçınılmazdır. Burada bir ülkenin kendi içinde çıkan şiddetten bahsediyor değiliz. Bu hareketler bir bütün olarak evrenselcilik iddiası sonucu oluşan düzene karşı ortaya çıkan küresel şiddet hareketleridir. Bunun bir devletin kendi içindeki şiddet hareketlerinden farkı, eğer bu devlet yeterince güçlü ise bunları bastırabilir ya da devlet dağılabilir veya iktidar el değiştirebilir. Ancak bu evrensel düzene karşı şiddette bunların bastırılması imkânsızdır zira dünya polisi diye bir şey olmadığı ve evrensel değerleri koruyan mekanizmalar yalnızca bazı istisnai durumlarda ve çoğunlukla da hükümetler özelinde eyleme geçtiği için bu şiddet hareketlerinin engellenmesi pek mümkün değildir. Ayrıca bu evrensel düzeni koruyan iktidar odaklarının yıkılması ya da devredilmesi de şimdilik mümkün olmadığı için bu düzen şiddeti engelleyemiyor olmasına rağmen bu düzeni dayatan bir sürekliliğe, bu sürekliliğe sahip düzen de engellenebilmesi mümkün olmayan şiddete açık zaafiyetlere sahiptir.

Savaşları "tamamen" ortadan kaldırılması amacıyla evrensel değerlerin dayatılması veya devletlerin ortaklaşa sözleşmeler imzalamaları suretiyle

olabilecek bir şey değil ancak gerekli kurum ve mekanizmaların oluşturulması ile mümkün olabilecek bir şeydir.[28] Bu küresel planda etkili mekanizmaların yaratıldığı durumda bile savaşların bütünüyle engelleneceğini söylemek hayaldir. Çünkü her düzen mutlaka kendi kırılmalarını, ötekilerini, isyancılarını yaratır ve kendine özgü şiddet hareketlerini doğurur. Bir spekülasyon olarak ancak gezegenler arası bir savaş ya da düşmanlık durumu ortaya çıktığında bu ortak düşmana karşı dünyada birlik ve düzen kurulabileceği söylenebilir. Bu ihtimalde bile savaş yine oradadır. Sadece bu sefer dünyanın kendi içinde değil dünya ile dünyanın düşmanları arasında ortaya çıkacaktır. Schmitt de dost-düşman ilişkisini ve çatışmayı politik yaşamın kaçınılmaz unsurları olarak görür. İdealist ya da rasyonalist yaklaşımların savaşları ortadan kaldırmaya dönük iddialarını anlamsız ve tehlikeli bulur.

Bir dünya devleti mevcut değilken savaş konseptini, içerisinde sınırlandırılmış şekilde var olduğu düzenden çekip çıkarmanın, savaşları engelleme isteklerine rağmen yaratacağı yegane sonuç savaşların sınırsızlığıdır. Eski dünyanın düzen ve dengesi yıkılıyorken yeni bir düzen ve denge kurulmaya çalışılıyor olmasına rağmen bu düzen ve denge çabasının yaratacağı karşı şiddet hareketlerini engelleyebilecek fiziksel güç mevcut değildir. Tıpkı ulus devlette olduğu gibi evrensel düzende de kendi düzenini korumaya yetecek güç mevcut değilse ortaya çıkacak sonuç bir dünya iç savaşıdır (Weltbürgerkrieg).[29] Dünyanın her tarafına yayılmaya çalışılan evrensel "iyi", kaçınılmaz şekilde kendi evrensel "kötülerini" yaratacak ve bu "kötüler" her yanda bu "iyilikle" mücadele etmeye girişeceklerdir. Kısacası *jus publicum europaeum* kendi koyduğu düzen ile güç arasında dengeli bir mekanizma yaratmışken yeni düzende, ortaya konulan düzen çok ideal bile olsa, bu düzeni koruyacak mekanizmalarun bulunmaması nedeniyle bu düzende kaos, anarşi ve "iç savaş" kaçınılmaz olacaktır. Bundan dolayı bugün bize uluslararası hukuku savunulabilir gösteren şeylerden biri Amerikan hegemenonyasında tecessüm eden iktidarsız bir Leviathan'ın yarattığı kısmi düzenin verdiği güvenlik hissi olabilir.

---

28 SCHMITT, 2003. s. 54.

29 Schmitt'in ilk olarak Partizan Teorisi kitabında ve daha sonra diğer çalışmalarında farklı şekillerde ele aldığı "Dünya İç Savaşı" kavramı özetle egemen modern devletin savaşların ana aktörleri olmak imtiyazını yitirmelerini ve savaşların devletler arasında değil, kendilerini devletler üzerinden tanımlamayan aktörler arasında küresel bir iç savaş olarak yaşanmasını anlatır. Bugün "burjuva, komünist, cihatçı" gibi *jus publicum eurepaum* öncesindeki düşmanlık konseptlerini çağrıştıran, sivil-asker ayrımının belirsizleştiği, çıkarlara değil değerlere dayanan ontolojik düşmanlık durumlarının ortaya çıktığını söylemek mümkündür. Bkz: SCMITT, 2004. s. 66.

Burada bir parantez açarak belirtmek gerekir ki tüm bu argümanlardan Schmitt'in eski düzene dönüşü savunduğu sonucu çıkarılmamalıdır. Avrupa Kamu Düzeninin ancak tarihin o döneminde mümkün olduğunun ve yaşanan dönüşümün doğal ve kaçınılmaz olduğunun farkındadır. Avrupa'da devletlerin tarih içinde oluşturdukları ortak standartlar sayesinde *jus publicum europaeum*'un işlemesi mümkün olmuşken dışardan gelen devletlerin bu bilinçten yoksun olmasının yapıyı "devletler sistemi" olmaktan çıkarıp "devletler topluluğuna"[30] dönüştürdüğünü kabul eder. Schmitt kendisini egemenlik kurgusunun yıkıldığı[31] ve devlet mitinin (ölümlü tanrı) ortadan kalktığı bir çağda görür. Asıl eleştirdiği şey ortaya konulan yeni uluslararası düzenin gerçek bir düzen kurma kabiliyetine sahip olmamasıdır.[32] Daha önce bahsettiğimiz gibi Schmitt'e göre topraktan bağımsızlaşan bir düzen kurma arzusu imkânsız bir istektir. Buna rağmen evrenselci ideolojilerin devletlerin sınırlarını aşan bir düzen kurma arzusu sınırsız ve evrensel bir şiddetin doğuşuna neden olmuştur. Şüphesiz günümüz uluslararası hukuk düzeninin bütünüyle işlevsiz ve faydasız olduğu iddiası gerçekçi bir iddia değildir ancak devletler arası ilişkilerde devletlerin üzerinde bir takım üstün değerleri bulunduğu kabulü, pek çok sorunu beraberinde getirmektedir. Bu anlamda 21. yüzyıl, Schmitt'i haklı çıkaran pek çok tecrübe ortaya koydu. Afganistan, Irak, Suriye başta olmak üzere pek çok ülkede egemen devletlerin iradelerinin üstünde yer alan değerlere dayanılarak gerçekleştirilen müdahaleler bu ülkelerde yalnızca kaos, anarşi ve terörizme yol açtı. Ortadan kaldırılan iktidarlar ne kadar kötü olurlarla olsunlar belli bir düzen sağlıyorlardı. Ancak müdahale eden devletler bu iktidarları yıkacak yeterli güce sahip olmalarına rağmen bu ülkelerde devletin sağladığı düzeni sağlayabilecek imkânlardan yoksundular. Rejimleri devirecek askeri güce sahip olsalar da iktidarlar devrildikten sonra o topraklarda düzeni koruyacak polis, bürokrasi ve yargı gücünden yoksundular. Bu da boşalan iktidar boşluklarının farklı, kontrol edilemeyen, kuralsız aktörler tarafından doldurulmasının yolunu açtı ve dünyayı kaosa boğan bir şiddet selinin setini yıkmış oldu. Özetle, çok insani ve meşru bir gerekçeyle bile olsa bir devlet düzenini, yerine alternatifini koymadan ortadan kaldırmanın daha büyük felaketlerle sonuçlanabileceğini akılda tutmak gerekir.

---

30 SCHMITT, 2006. s. 243.

31 THOMSEN, s. 25.

32 SCHMITT, 2003. s. 58.

A. Res Publica "Humanitas"

Teolojik gerekçelerle Avrupa'da ortaya çıkan iç savaşlar egemen devlet konseptiyle aşılabilmişti.[33] Ancak oluşan yeni uluslararası hukuk bu sınırları yeniden silikleştirdi ve orta çağın din savaşlarını seküler değer savaşları olarak ve bu sefer tüm yerkürede yeniden gündeme soktu. Özellikle II. Dünya Savaşı'ndan sonra *bellum justum* (haklı savaş) yeniden uluslararası hukuk tartışmalarının ana konularından biri haline geldi. Joseph L. Kunz[34] 1951'de, henüz tartışmalar sürüyorken yazdığı makalede *bellum justum*'un orjininin hukuki değil teolojik bir konsept olduğunu belirtir.[35] Bu savaş konseptinde *res publica christiana* dışında olanlara karşı savaş her halükarda haklı savaştır ve dinsiz, heretik ve barbarlara karşı her şey bir anlamda serbesttir. *Bellum justum* dini ve moral bir şiddettir. Yani kötü, haksız ve tanrının düşmanı olanlara karşı açılan savaştır. Kunz; Milletler Cemiyeti, Kellog Paktı ve Birlemiş Milletlerle beraber bu *bellum justum'*a tekrar dönülmüş olmasına rağmen bu yeni konseptin klasik konseptten farklı olduğunu iddia eder.[36] Bu yeni konseptin, haklı-haksız savaş gibi doğal hukuka ya da benzeri bir şeye dayanan moral bir ayrım değil pozitif hukuka dayalı legal-illegal şeklinde bir ayrım yarattığını iddia eder. Ancak Kunz'un görmediği ya da henüz bir şeyleri görmek için erken olması nedeniyle göremediği bir şey vardı. Nürnberg davaları esnasında hem kazanan devletler hem de hukukçular nezdinde klasik anlamda olmasa da evrensel insani değerlerin varlığı anlamında doğal hukuk yeniden güncellik ve popülarite kazanmıştı.[37] Daha sonra bunu izleyen pek çok insan hakları beyannamesi, evrensel hukuk ilkelerinin ve değerlerinin yeniden devletlerin üstünde bir denetleyici olarak gündeme gelmesini sağladı. Bu yüzden bu "yeni *bellum justum*" da tıpkı klasik haklı savaş konsepti gibi moral bir kavrama dönüşecekti. Ki daha sonra insani müdahale konseptininin ortaya çıkmasıyla bu değerler tabiri caizse uluslararası adli kolluğun da faaliyetinin meşruiyet kaynağı haline geldi.

---

33 SCHMITT, 2006. s. 153.

34 Kelsen'in öğrencisi, 1934 yılında Amerikaya göç eden uluslararası hukuk teorisyeni.

35 KUNZ Josef L. "Bellum Justum and Bellum Legale." **American Journal of International Law**, vol. 45, no. 3, 1951, ss. 528-534. s. 530.

36 Age. s. 532.

37 CITRON Rodger D. "The Nuremberg Trials and American Jurisprudence: The Decline of Legal Realism, The Revival of Natural Law, and the Development of Legal Process Theory." **Michigan State Law Review**. vol. 2, 2006, ss. 385-410, s. 398.

Savaşın insanlık namına lanetlenmesi, bir takım evrensel değerler yoluyla egemenlerin sınırlandırılmaya çalışılması sürecine olumlu tarafından bakıldığında bu yeni düzen insanlık için çok ciddi kazanımları beraberinde getirdi. Devletleri iradelerinin üzerinde bir takım insani değerlerin varlığının kabulü, bireylere devletlerin isteseler de müdahale edemeyecekleri korunaklı bir alan sağladı. Üstelik bu sistemi ayakta tutmak isteyen güçler aynı zamanda uzun vadede mevcut uluslarası siyaset mekanizmasının ana aktörleri haline gelecekleri için, sisteme dâhil olmak isteyecek aktörleri de bu değerleri benimsemeye zorladılar. Bu da kendi başına insan hakları değerlerini benimsemeyecek bazı iktidarları, bu değerleri benimsemek zorunda bıraktı. Daha sayılacak pek çok olumlu yanı var bu gelişmelerin. Ancak bu yeni düzenin pek çok olumsuz sonucu da oldu. Her şeyden önce savaşın sınırlılığı konusunda *jus publicum europaeum* ile elde edilen ilerlemeler kaybedilip, orta çağ savaş konseptiyle benzeşen ancak modern siyaset ve teknoloji ile daha da yıkıcı hale gelen haklı savaş konseptine geri dönülmüş oldu.

Geniş bir perspektiften bakıldığında 20. yüzyılda uluslararası alanda yapılmaya çalışılan şey savaşların yapılış şeklini düzenlemek, sınırlandırmak değil ortaya çıkmasını engellemekti denilebilir. Bu sayede savaşların engellenebileceği hatta ortadan kaldırılabileceği düşünülüyordu.[38] Ancak savaşların evrensel moral değerlerle bastırılması girişimi beklenen sonucu vermedi, politik şiddet kimi zaman savaş kimi zaman da farklı şekillerde ortaya çıkmaya devam etti. Buna ek olarak savaşların insanlık, özgürlük, insan hakları gibi evrensel moral değerlerle değerlendirilmeye başlanması yok edici savaş düşüncesinin tekrar ortaya çıkmasına neden oldu. *Jus publicum Europaeum*, savaşları engellemeyen ancak savaşların gerçekleşme tarzına sınırlar koyan bir düzendi. Orta çağda ise savaş konseptinin iki başlık altında değerlendirilebileceğini yukarıda söylemiştik: *Res publica Christiana* içindeki aktörlerin birbirileri aralarındaki savaşlar sınırlanmış ve düzenlenmiş iken, bunun dışında yer alan dinsizlere (müslüman, yahudi, pagan, protestan, barbar) dönük savaşlarda herhangi bir sınır yoktu. 20. yüzyılda ortaya çıkan modern *bellum justum* ise böyle bir ayrım da yapmamıştı. Bu yüzden kabul edilen evrensel değerlere aykırı her eylem haksız savaş olarak niteleneceği için tüm savaşlar kutsal savaş, tüm düşmanlar orta çağın kavramları ile konuşmak gerekirse dinsiz, barbar ya da sapkın olarak görülme tehlikesi ile karşı karşıyaydı. Orta çağda olduğu gibi artık sadece *res publica christiana* dışındaki savaşlar değil, tüm dünyadaki savaşların mutlak savaş konseptine göre algılanma riski ortaya çıktı.

---

[38] De BENOIST, 2013. s. 28.

Schmitt bu yeni uluslararası hukuk düzenini tam olarak bu savaşı sınırsızlaştıran, gayrı-insanileştiren, kriminalize eden yaklaşımı nedeniyle eleştirir. Çünkü *jus publicum europaeum*'da düşman politik bir karşıt olduğu ve savaşlar barış yapmaya dönük savaşlar olduğu için, politik çıkarlar uzlaştığında ya da bir tarafın çıkarı diğerine üstün geldiğinde savaş sona erer ve nihayetinde barış yapılırdı. Ancak bu yeni düzende düşman politik değil etik bir düşmandır. Savaş iyi ile kötü, haklı ile haksızın mücadelesi olduğu için uzlaşma yapmak mümkün değildir. Düşman eş bir aktör olarak tanımlanmayan, insandan aşağı, medenileşememiş, kötü bir karakter olduğu için amaç bu düşmanı ortadan kaldırmak ya da "medenileştirmektir".

Savaşın moralize edildiği bu yeni düzlemde taraflar ancak iyi ve kötü olarak var olabildikleri için barış yapmak imkânsız hale gelecektir. Eskiden düşmanı yenmek yeterli bir ceza olarak görülürken şimdi savaşın başlamasına neden olanların yargı önüne çıkarılması ile cezalandırma yapılmaktadır.[39] Schmitt tam da bu yüzden Versailles Anlaşmasının bir barış anlaşması olmadığını, barışın savaşın farklı şekillerde sürdürüldüğü bir süreç haline geldiğini söyler.[40] Artık savaş nedir barış nedir, hatta tarafsız olmak nedir bu sorulara cevap vermek oldukça zor hale gelmiştir. Tüm kavramların iç içe geçtiği bir zamanda barış bile artık savaşın farklı araçlarla sürdürülmesinden ibarettir. Barış denilen süreç ekonomi programı, hukuki değişiklikler, hükümetlerin değiştirilmesi, eğitim programlarının yenilenmesi vb. şeyleri de içeriyor ve yaşanan şeyler aslında hegemon devletin kendi ideolojik aygıtları yoluyla düşmanını, kendi varlığı içinde eriterek ortadan kaldırmasından ibaret bir şeye dönüştü. II. Dünya Savaşı'ndan sonra, olumlu veya olumsuz, Almanya'ya yapılan şey de bundan ibaretti. Nazi Almanyası özelinde bu süreç bir şekilde kabul edilebilir olsa da örnekler bununla sınırlı kalmadı. Amerika Latin Amerika'dan Uzak Asya'ya, Afrika'dan Avrupa'ya uzanan tüm yerkürede aynı "barışı" dünyaya taşımaya devam etti. Tüm dünyaya düzen ve barış getirme gücünden yoksun bir iktidarın evrensel barış ve düzen kurma iddiasıyla mevcut düzenleri (diktatörlük bile olsa) yıkması geride yalnızca kaos ve anarşi bıraktı ve bırakmaya devam ediyor.

Kant, *perpetual peace* (sürekli barış) üzerine konuşurken savaşla barışın böylesine iç içe geçeceğini *(perpetual peace for perpetual war*/ sürekli barış

---

[39] Age. s. 34.

[40] FALK, Hjalmar. "Carl Schmitt and the Challenges of Interwar Internationalism. Against Weimar-Geneva-Versailles". **Global Intellectual History**, 2020, ss. 1-19. s.13.

için sürekli savaş) tahmin edememiştir.[41] Barışı sağlamak iddiası tek başına bir iktidar arzusu iken (*Pax Romana*, Roma şehrinin hiyerarşik üstünlüğüdür, *Pax Americana* ise Washington DC'nin) Amerika başta olmak üzere hegemon güçler savaşmaktan da hiç çekinmediler. Amaçlanan şey tüm dünyada savaşların ortadan kaldırılıp kalıcı bir barış (*perpetual peace*) sağlamaktı. Ancak dünyaya ihraç edilmeye çalışılan şey ne kadar iyi olursa olsun kaçınılmaz şekilde bir iktidar aracı olarak ortaya çıkacaktı. En ideal düzende bile, taraflardan birinin diğerine iyi ve doğru yolu göstermesinde en yumuşak haliyle bile olsa bir iktidar ilişkisi ortaya çıkıyorken, bir devletin başka bir devlete "iyi ve doğru"yu benimsetmeye çalışması aynı zamanda ciddi bir iktidar iddiasıdır. Schmitt'in tabiriyle dünyada savaşları yasaklama çabası bir dünya devrimini savunmaktır ve devrimler reformların aksine değiştirmek ve hatta yıkmak istedikleri dünyayla düşmanlık ilişkisi içerisindedirler.[42] Devrim, ne kadar iyi amaçlarla yapılsın, hatta iyi amaçlarla yapıldığı oranda düşmanlık doğurur. Çünkü "iyiyi" getirme iddiası, mevcut düzenin savunucularını kötülüğün savunucuları olarak kodlamak anlamına gelir. Daha başında kötü olarak kodlanmak da barışçıl dönüşümü imkânsızlaştıracaktır çünkü karşı taraf için dönüşümü kabul etmek aynı zamanda kendilerinin kötü olduğunu da kabul etmektir. Ortaya konulan sorunu çözmek için başvurulan çare, sorunun bizatihi kendisiydi. Üstelik, sorun eskiden en azından gerçek bir nedene dayanıyordu. Yeni düzende sorunun kaynağı çözüm, çözümün kaynağı da yine sorunun kendisidir. Eskiden amaçlanan şey için savaş yapılıyor, elde edilince de barış yapılıyordu ve sorun ortadan kalkıyordu. Liberal kısır döngüde ise, savaşları engellemek için sürekli barış arzulanıyor, sürekli barışı sağlamak için sürekli savaşlar yapılıyor ve yeni savaşları engellemek için yeni barış ve süreç devam eden bir sarmal halinde devam ediyor. Savaşlar artık bitmiyor. Savaştan sonra önce suçlular yargılanacak, sonra onları destekleyen halk yeniden eğitilecek, iyi kanunlar ve siyasal düzen kurulacak vb.[43] Üstelik Almanya'da olduğu gibi genelde bu kadar kısa da sürmüyor. Soğuk Savaş dönemi, savaş ve barışın iç içe geçtiği on yıllarca devam eden bir süreçti. Liberallerin bu sürekli barış arzusu, ABD

---

41 KOCHI Tarık. "Terror in the Name of Human Rights." **Melbourne Journal of International Law**, (2006b) 7(1), ss. 127-155. s. 135. Caranti Luigi. "Perpetual War for Perpetual Peace? Reflections on the Realist Critique of Kant's Project." **Journal of Human Rights**, vol. 5, no. 3, 2006, ss. 341-353.

42 SCHMITT Carl. **Political Theology II: The Myth of the Closure of Any Political Theology**. John Wiley & Sons, 2014. 125.

43 De BENOIST, 2013. s. 3.

hegemonyasının kurucu ötekisi Sovyetlerin de dengeye girmesiyle "özgürlük" arzusuna da evirildi. Bir yanda özgürlüğü yaymak için çabalayan Amerika ile diğer yanda eşit bir dünya kurmaya çalışan Sovyetler arasındaki mücadele, hiçbir zaman doğrudan çatışmaya dönüşmeyen ama asla da sona ermeyen bir savaşa dönüştü.

Bugün her ne kadar ortadan kalkmış olsa da 20. yüzyılda liberalizm kadar Sovyetler merkezli sol-sosyalist evrenselcilik de savaşların bu dönüşümünün önemli bir parçasıydı. Liberalizm gibi sol evrenselcilik de şiddetin mekansızlaşmasına neden oldu. Şiddet mekansal (toprağa bağlı, *tellurian*) iken her devlet kendi egemenlik alanında ortaya çıkan şiddetlerle baş edebiliyordu. Ama evrenselci değerler mekanların aşınmasına ve insanların kendi devletleri dışındaki başka devletlerle veya insanlarla değer aidiyeti kurmasına neden oldu. Nasıl eskiden dini gerekçelerle bir devlete müdahale edilebiliyor idiyse yeni dünyada da hem ABD hem de Sovyetler bir ülkenin düzenine, "evrensel değerleri" gerekçe gösterip, gerek o devlet içinde bu değerleri paylaşan insanları destekleyerek gerek de doğrudan müdahale ederek şiddeti bir başka ülkenin toprağına taşımaya başladılar. Burada düşmanlık toprak anlaşmazlığı gibi nedenlere dayanmıyordu. İşçi sınıfının düşmanı olarak burjuvazi mutlak bir düşman ve tarih, zaten sınıf savaşımlarının tarihi olarak her zaman mekansız ve zamansızdır. Bundan sonra da bu değerleri savunan insanlara düşen vazife, burjuvazi tamamen ortadan kaldırılıncaya kadar dünyanın her yerinde bu savaşı devam ettirmektir. Görüldüğü üzere sol evrenselcilik de tıpkı liberalizm gibi politik alanı ahlakileştiren, politik mücadeleyi iyi ile kötünün mücadelesine çeviren bir yaklaşıma sahip. Fayda kaynaklı çatışma o fayda elde edilince ya da elde edilemeyeceği anlaşılınca sona erer ama iyi ile kötünün mücadelesi ontolojik bir düşmanlığı varsaydığı için çatışmayı sürekli hale getirir.

Tüm yerkürede "evrensel" insan hakları, insanlık değerleri, ezilen sınıfların hakları, özgürlük veya eşitlik gibi değerlerin yayılması sürecinin kendisi de şüphelidir. Schmitt insanlık değerleri konseptinin, "*emperyalist yayılmacılığın ideolojik araçları*" olduğunu savunur.[44] Başka bir gezegenden gelecek bir saldırı olmadığı müddetçe dünya gezegeni içindeki aktörlere karşı kullanılacak insani değerler konsepti, belli güçlerin kendi ideolojik görüşleri doğrultusunda oluşturacakları kavramlardan öteye gidemeyecektir.

---

[44] SCHMITT Carl. **The Concept of the Political: Expanded Edition**. (çev. George Schwab), London: University of Chicago Press, 2008. s. 54.

Bir düşmanı insanlık dışı ilan etmek için ancak diğer tarafın, kimin insan olup kimin insan olmadığını belirleyecek bir pozisyonda olması gerekir.[45] Bu da insanlığa karşı suçları aslında hegemon güçlerin ortaya koydukları doğrulara karşı gelen aktörleri illegal ilan etmesine yarayacaktır.[46] Sovyetlere karşı savaşan Afgan "özgürlük savaşçılarının" Sovyetler yıkılıp yegâne güç olarak Amerika kalınca teröriste dönüşmesi ya da Sovyetlerin 68'de Çekoslovakya'yı işgal etmesi ironik örnekler olarak önümüzde durmaktadır.

Buraya kadar olan kısımda savaşların sistemin dışından sistemin içine nasıl taşındığını gördük. *Jus publicum Europaeum*'da savaş, olağanüstü bir hâl olarak olağan düzene ara verildiği, hukukun askıya alındığı anormal bir süreçti. Savaş belli bir zaman ve mekanda belli amaçlarla ve belli insanlar (ordular) arasında, belli araçlarla gerçekleşiyordu. Savaş bittikten sonra da barış yapılır ve devletler olağan duruma geri döner, hukuku yeniden işletir ve devletler bu yeni düzen içerisinde var olmaya devam ederlerdi. Savaşlar sistemin dışında yer alan olaylardı. 20. yüzyılda yaşanan dönüşümlerle beraber savaşlar sistemin dışından içine taşındı. Bunun en önemli nedeni tüm devletlerin üzerinde var olan evrensel insanlık değerlerinin mekân merkezli uluslararası düzeni aşındırması oldu. Amerika sadece kendi topraklarında yaşayan insanlarla ilgilenmiyor, evrensel insanlık değerleri için Vietnam'a asker çıkarıyor, Irak'a müdahale ediyor veya Küba'da muhalifleri silahlandırıyordu. Aynı şekilde Sovyetler de dünyanın her yerinde sosyalist devrim için şiddet ihraç ediyordu.

Devletlerin aşındığı ve şiddet tekelini yitirdiği bu çağda Schmitt'in altını önemle çizdiği gibi siyaset artık devlete bağlı bir şey değildir. Devletin siyaset ve diğer aktörler üzerindeki tekeli kaybolmuştur.[47] Bu yüzden politik şiddet devlet şiddetinden ibaret de değildir. Devlet ile devlet dışı unsurlar, sivil ile asker arasındaki farklılıklar ortadan kalkmış ve politika gibi hayatın her alanı da politik şiddetin ortaya çıktığı alanlara dönüşmüştür. Gelecek bölümde ilk olarak şiddetin mekansızlaşması ve zamansızlaşmasının diğer boyutu işlenecektir. Şimdiye kadar devlet merkezli dönüşümü ele aldık. Fakat bu sürecin diğer ayağı politik şiddetin kullanıcısı olarak modern insanın ve tabii ki ilerde işleyeceğimiz teröristin doğuşudur. Ancak altını önemle çizmek gerekir ki egemen ve modern insan arasında yaptığımız ayrım yal-

---

45 SCHMITT, 2006. s. 104.

46 SCHMITT, 2008. s. 57.

47 SCHMITT, 2014. s. 44.

nızca çalışmayı sistematize etmek için yapılmış bir ayrımdır. Modern insanlar hem yönetici hem vatandaş hem de şiddet yoluyla bu yeni devleti yaratan insanlardır aynı zamanda. Bu yüzden devletler ve insanlar arasındaki ilişki birbirinden ayrılmaz şekilde iç içe geçen bir ilişkidir.

B. Modern İnsanın Doğuşu

Leviathan'ın kapağında egemenin bedenini oluşturan insanlar ne anlatırlar bize? Bu soruya verilen ilk yanıt genellikle aynıdır. Ancak oluşan şey yalnızca egemen değil egemenin yaratıcısı olan özneler de egemenin yaratıcısı olarak tam o anda oluşmaktadırlar. Hobbes halkı devletin anlatısına dâhil ederek devleti teorileştirir.[48] Bu kökene koyma aynı zamanda geleneksel dünyada olmayan bir dönüşümü gerçekleştirerek tek tek insan teklerinin tüm varlıklarını (*çıplak yaşam/bear life, zoe/animal life*) da devletin varlığına dâhil etmiş[49] ve insanların tüm varlıklarıyla bir yandan politikanın nesnesi diğer yandan onun yaratıcısı olarak politik alana dâhil olacakları dönüşümün başlangıcını göstermiştir.

Modern zamanlarla beraber insan hayatı bir bütün olarak siyasetin konusu haline gelmeye başladı.[50] Kapitalizmin yükselmesiyle sınırların kalkması, özgürlük hareketleri, demokrasinin yaygınlaşması, kitle iletişim araçlarının insanları birbirine bağlaması ve toplumsal mobilizasyonla beraber geniş halk kitleleri politik alana dâhil olmaya başladı.[51] Bu tarihe kadar politika, çok dar bir çevreyi ilgilendiren, diğer insanların sadece vergi, savaş ya da hukuki uyuşmazlıklar durumlarında (eğer ağa, imam, papaz, vassal gibi toplumsal bir otorite uyuşmazlıkları çözmüyorsa) dâhil olabildiği bir alandı. Sıradan insanların politik bir özne olarak ortaya çıkması, politikanın devlet adamlarının işgal ettiği küçük politika adacıkları olmaktan çıkması ve sıradan insanların hayat sahasına doğru genişlemesi oldukça yeni bir olgudur. Bu süreç Löwith'in dediği gibi hayatın nötr alanlarının bile siyasallaştığı bir politik düzleme getirdi bizi.[52]

Modern zamanlardan önce politikanın devletle özdeş olduğunu söyleyebiliriz. Devlet denilen şey de esasında hakimiyet kurduğu alanların tüm kılcallarına yayılan, onu şekillendiren bir yapı değil; bu alan içinde kontrolüne

---

48 RUNCIMAN, 2016. s. 31.

49 AGAMBEN, 2001. s. 16.

50 STEWART Eric ve ROY Ariel D. "Subjectification." **Encyclopedia of Critical Psychology**, 2014, ss. 1876-1880.

51 KARDEŞ M. Ertan. **Yönsüzleşmiş Savaşlar**. 1. Baskı, İstanbul: Pinhan, 2019. s. 171.

52 AGAMBEN, 2001. s. 145.

imkân sağlayan küçük devlet adacıkları yaratan, bu adacıklar haricine ancak sorun çıktığı (isyan, suç işlenmesi) ve vergi toplacağı zaman çıkan bir mekanizma idi. Geniş halk kitleleri devletin parçası değil, devlet adacıklarında görevli olan devlet görevlilerinin konrol ettiği ve hatta büyük çoğunluğu bu görevlilerle karşı karşıya gelebilecekleri mekanların dışında yaşadıkları (köyler, taşra vb.) için kontrolün bile gerekli olmadığı unsurlardan ibarettiler. Modern zamanlarla beraber hem devlet tüm bu alanlara doğru genişledi hem de geniş halk kitleleri şehirlere göç etmeye ya da gazete, telgraf gibi iletişim kanalları sayesinde devletle karşı karşıya gelmeye başladılar.

Hayatın siyasallaşması olgusunu salt egemen iktidar ile onun şekillendirdiği özneler olarak algılamak ya da bunu tümüyle bir kötüye gidiş olarak görmek doğru değildir. Daha önce belirtildiği gibi modern zamanlarla beraber devlet siyaset üzerindeki tekelini yitirdi ve devlet=siyaset özdeşliği ortadan kalktı. Devrim hareketleri, işçi sınıfı, anarşistler, partizanlar ve hatta teröristler başta olmak üzere pek çok güç siyasi alanın yeni aktörleri haline geldiler. Artık en sıradan insan bile politik isteklere, hayallere sahip ve bazıları bu hayalleri gerçekleştirmek için şiddete başvurmaktan çekinmiyorlar. Kitlelerin politik özne haline gelmeye başlamasıyla devlet siyaset üzerindeki tekelini yitirdiği gibi politik şiddet (savaş) üzerindeki tekelini de yitirdi.[53] Önceki bölümde savaşların mekânsız ve zamansızlaşması ele alındı. Savaşlar iki ülke arasında, somut bir çıkar için, taraflar ateşkes ilan edinceye kadar yapılmıyor artık. İlk bölümde işlenen dönüşüme ek olarak politik şiddet artık sadece devletler arasında ortaya çıkan bir şey de değil. Devlet ile devrimci savaşçılar, partizanlar, terör örgütleri, kendi halkı (iç savaş) arasında da politik şiddet ortaya çıktığı gibi bu devlet dışı unsurların kendileri arasında da ortaya çıkıyor. Che Guavera Küba'da devrim yaptıktan sonra Küba'da kalmayıp başka ülkelerde de devrim mücadelesine girişiyor ve devrimci şiddeti başka ülkelere taşıyordu.

Bu bölümde devlet dışı unsurların nasıl politikleşerek politik şiddet ürettiği ele alındı. Son bölümde de bu politik şiddet üretici tipolojilerden biri olan terörist tipolojisi, insan haklarıyla ilişkisi ele alınacak. Terörist, partizan ve devrimci savaşçıdan farklı olarak, uluslararası hukukta da genel algıda da savaşçı değil suçlu, insanlık düşmanı ve *a priori* "kötü" görüldüğü için son bölüme geçmeden önce bu algıya imkân veren siyasetin ahlakileşmesi süreci ele alınacak.

---

[53] KARDEŞ, 2019. s. 114.

C. Depolitizasyon ve Hukukun Ahlakileşmesi

Düşünce tarihine şöyle bir göz attığımızda "A" ile "A olmayan (-A)" düalizminin insan düşüncesinin en temel kavram oluşturma mekaniği olduğunu söyleyebiliriz. Etikte iyi-kötü, estetikte güzel-çirkin, ekonomide kârlı-zararlı, ontolojide var-yok gibi kavramsal düalizmler ya da zıt ikilikler (*binary oppositions*) düşüncenin tüm alanlarını kaplar. Aristo'yu takip ederek bu düalist mekanizmayı ussal dünyanın ussal düşünce konseptleri diye niteleyip, bunlara olması gereken/ doğal olan bu diyerek yaklaşabiliriz ya da Derrida gibi bunu batı metafiziğinin sorunu olarak da değerlendirebiliriz. Ancak ne olursa olsun gerçek şu ki düalizm batı düşüncesinin, dolayısıyla da varlık dünyasının (ve onun izleyicisi olarak dünyamızın) üzerinde şekillendiği ana eksendir. Yukarıda örneklendiği gibi düşüncenin ana bölgelerini oluşturan alanlarda "A ile A olmayan" (iyi-kötü, karlı-zararlı, var-yok, güzel-çirkin) şeklindeki kavram setleri düşüncenin ortak konsensüsü olarak ortaya çıkmıştır. Bir ana bölge hariç: Politika. Tartışmasız şekilde diğerlerinden çok daha fazla insan düşüncesini meşgul eden bir şey olmasına rağmen politikanın yukarıda kastedilen anlamda kendine özgü kavram setlerine sahip olmadığını görüyoruz. Bunun nedeni üzerine düşünmek güç ve bu makalede bu güçlüğe girişilmeyecektir.

Schmitt siyasetin ne olduğu meselesi üzerine yaptığı analizlerde bu soruna (Schmitt'e göre sorun) değinerek politika için de ortak kavram setlerinin kabul edilmesi gerektiğini söyler. Politikanın dost-düşman zıt ikilikleri yoluyla ele alınması gerektiği iddiası tam olarak bu sorunu aşmaya dönük bir çabanın ürünüdür.[54] Dil'e getirilemeyenin düşünülemeyeceği varsayımından hareketle politikanın kendine özgü temel kavram setlerinden yoksun olması Schmitt'e göre "politik" düşünmeyi oldukça zorlaştırmaktadır. İmkansız değildir çünkü sabit kavramlar olmasa da kelime ve cümleler yoluyla "kavramların" daha kolay ve net gösterebileceği şeyler gösterilebilir. Ancak kavram setleri düşüncenin hangi odaklar merkezinde şekillenmesi gerektiğine ilişkin tutamaç vazifesi görürler. Tamamen boşlukta cümleleri kurmaya başlamak ile kavram setlerinden hareket ederek cümleleri kurma arasında fark vardır. İlkinde düşüncelerin içerisinde nelerin girip nelerin girmeyebileceğini denetleme imkânı yokken, ikinci durumda kavram setleri deniz feneri vazifesi görecekir.

---

[54] SCHMITT, 2008. s. 26.

Politik değerlendirmede "biz" ile "o"nu birbirinden ayıracak kavram setlerine sahip değilsek, biz ve o arasındaki ilişki üzerine düşünceyi ne ile şekillendireceğiz? Doğal olarak, elbette bilinçsiz şekilde, sahip olduğumuz diğer kavram setlerini ödünç alacağız. Biz yani "iyi" yani "güzel" olanlar, onlar yani "kötüler", "çirkinler".[55] Politikanın kendine özgü kavram setlerinden yoksun olması kişileri elde olan kavram setlerini kullanmaya zorlar. Elbette çoğu kişi için her halükarda bu kavram setleri birbirine geçecek ve karışacaktır. Ancak politika özelinde bu sorunun istisnalar dışında genel geçer bir hususiyet haline geldiğini söyleyebiliriz. Bu eksiklik nedeniyle politik düşüncenin sürekli diğer bir alan tarafından işgal edildiğine şahit oluruz. Etiğin, politik alanı istilası (politikanın iyi-kötü ikiliğinde algılanması) ise en sık yaşanan durumdur. Politik alanın ekonomi tarafından istilası (politik değerlendirmelerin kâr-zarar ikiliğine sıkışması) ise kapitalizmle beraber gelen ve yerleşip kalan bir unsurdur.[56]

Aynı olguya dair yukarıdaki bahsedilen düşünce alanlarından her biri için farklı bir bilgi türü elde edilir. Y olgusu ekonomik olarak karlı, etik olarak kötü olabilir, iyi olmayan bir şey güzel olabilir.[57] Ya da B etik olarak kötü ama ontolojik olarak "yok" olabilir. Bu yüzden doğal olarak bir alanda "değil" olan diğer alanda da "değil" olmak zorunda değildir. Bunları birbirine karıştırmak ise düşünceyi ve eylemi zaafiyete uğratır.[58] Bu yüzden değerlendirme yaparken ulaşacağımız yargının neye ilişkin olduğuna dikkat etmemiz, bir diğer alana ait değilleme ile diğer bir alanın değillemesini birbirine karıştırmamamız gerekir. Bu hatalı değerlendirme biçimlerinin en sık rastlanan örneği politik alan ile etik alanın birbiri içine geçmesidir. Politik "A değil" çoğunlukla etik "A değil" ile karıştırılır. Bu da politik "A" ile "A değil" ilişkisinin yapısını bozar. Bu ilişkiye dair algımızın bozulması ise bu ilişki üzerine gerçekleştireceğimiz hareketlere ve takınacağımız tutumlara zarar verir. Politik değerlendirmelerle görmezden gelinebilecek hususlar, yapılacak tavizler yoluyla varılacak uzlaşmalar; etik kavramlar kullanıldığında taraflar iyi ile kötü'ye dönüşeceği için imkânsız olabilir. Çünkü kötü, iyinin iletişim kurup uzlaşmaya varabileceği bir şey değildir.

---

55 Age. s. 27.

56 Age. s. 28.

57 WEBER Max. **From Max Weber: Essays in Sociology. Ed. ve Çev. H.H. Gerth and C. Wright Mills**. New York: Galaxy Book, 1958. s. 148.

58 Örneğin X şahsının para çalması örneğinde yaptığı eylem ekonomik olarak kârlı ancak etik açıdan kötüdür. Eğer alanları birbirine karıştırıp, etik değilleme ile ekonomik değillemeyi iç içe geçirirsek X şahsının elinde para olmasına rağmen, ekonomik olarak zararda olduğu gibi mantığa aykırı bir sonuca ulaşırız.

Politik karşıtın aynı zamanda etik açından da kötü olarak değerlendirilmesi sık rastlanan bir durumdur. Bu hatalı düşünme politik karşıtla ilişkiyi etik üzerinden kurmak sorununu doğuracaktır ve politik "A" ile "A değilin" ilişkisi, etik "A" ile "A değile" yani iyi ile kötünün mücadelesine dönüşecektir. Bu durum politik ilişkiye (karşıtlık ilişkisi olsa da) zarar vereceği gibi etik ilişkiye de zarar verir. Yani etik alanın politik alanı işgali kadar politik alanın etik alana hâkim olması durumu da ortaya çıkar. Politik düşmanın etiğin araçları ile kodlanması, düşmanı etik açıdan da kötü kılacağı için bu durum hem kendimize hem de karşımızdakine ilişkin etik algımızı bozar: "Biz daima iyiyiz onlar daima kötü". Ahlaki üstünlük duygusunun verdiği meşruiyet hissi, normal zamanda etiğin sağlıklı araçları ile yapıldığında onaylanmayacak eylemleri gerçekleştirmeye neden olur. Politik karşıt olunanın, etik açıdan iyi olduğu durumlar en az tersi durum kadar çoktur. Sağlıklı kavram setleriyle yapılacak analizde ise politik olarak faydalı da olsa etik açından kötü olan bir eylemden etik gerekçelerle kaçınılabilir.

Schmitt'in liberal ve sol universalist ideolojilere yönelttiği en temel eleştiri bu dost-düşman karşıtlığına ekonomi ve etik kavramlarla yaklaşarak politikayı imkânsız kılmalarıdır.[59] Bu anlamda Schmitt için sol evrenselcilik de liberalizm gibi depolitizasyon sürecinin parçasıdır. Marx'ın kendisi moral yüklü bir anlatı sunmamış olmasına rağmen politikayı bir ezen-ezilen ilişkisine dönüştürmesi sol mücadelenin ahlakileşmesini kaçınılmaz kılmıştı. Hegel'in saptamasında olduğu gibi efendi ile köle arasındaki negatif diyalektikte, "ezilen mutsuz bilincin" efendilere tepki olarak oluşturduğu ahlaki değerlerle mücadele etmesi kaçınılmazdır.[60] Bu yüzden işçi sınıfı ile burjuvazi arasındaki ilişki de iyi-kötü şeklindeki etik bir mücadeleye evrilmiştir. 20. yüzyılın ikinci yarısında kimlik (ırk, cinsiyet, cinsel tercih vb.) mücadelelerinin de yeni ezen-ezilen ilişkileri içerisinde bu ahlakileştici diskuru beslemeleri depolitizasyon ve daha sonra gerçekleşecek olan hukukun ahlakileşmesi sürecini güçlendiren dinamiklerdi.[61]

Politik düşmanın etik kavramlarla kodlanması özellikle kriz durumlarında görülen bir durumdur. Şiddetin ortaya çıktığı anlarda taraflar düşmanlarını etik yönden de kötü olarak algılarlar. Bu yüzden savaş anlarında politikanın normalden çok daha fazla etik işgale uğradığını söyleyebiliriz. I ve

---

59 SCHMITT, 2008. s. 61.

60 STEWART and ROY, s. 1878.

61 BROWN Wendy. **Politics out of History**. New Jersey: Princeton University Press, 2018. s. 38.

II. Dünya Savaşları bu etik işgalin en büyük tetikleticileri oldular. Özellikle II. Dünya Savaşı'ndan sonra hukukun pozitivist yorumunun karşısına doğal hukukun (tabii yeni bir tarzda) yeniden çıkması ve insan hakları beyannamelerinin ilan edilip imzalanması ile hızlı bir şekilde egemenlerin iradelerinin üstünde evrensel etik değerlerin bulunduğunu kabul eden insan hakları yaklaşımları ortaya çıktı. Daha sonra başlayan soğuk savaş politik alanın asla yeniden tam olarak politikleşmesine izin vermedi. Klasik savaşların aksine soğuk savaş süresince, savaş ve barış içiçe geçtiği için taraflar sahip oldukları tüm değerleri etik anlamda olumlamaya başlayarak, normal zamanda etik açından nötr olan unsurları da etiğin alanına almaya başladılar. Bu süreçte insan hakları başta olmak üzere liberal dünyanın özgürlük, insanilik gibi pek çok değeri içeriği sorgulanamaz birer seküler din değerlerine dönüştüler. Demokrasi ve politikanın baskılandığı bu süreç, Kervégan'ın tanımlamasıyla "hukukun ahlakileştirildiği" bir zemin yarattı.[62]

Evrensel insan hakları ideolojisi tıpkı ekümenik dinler gibi dünyanın nasıl olması gerektiğine dönük bir projeksiyon sunar.[63] Hayatın daha iyi nasıl yaşanacağına ilişkin "inançları" olan aktörler bu iyi yaşamın tüm insanlık için gerçekleşmesini de arzu ederler. Ama bir yandan da bu insan hakları ancak ona inanmayı seçenlerin kabul edebileceği sübjektif moral değerlerdir.[64] Bu yüzden bunlara herkesin inanması mümkün olmadığı için kendi inançlarını yaymak isteyen güçlerle bu değerleri kabul etmeyenlerin orta çağdaki inanç savaşları gibi sona ermeyen bir şiddet üretecekleri açıktır.[65] İnsan haklarının geçerliliğine ilişkin bu sarsılmaz inanç (Hegel, Marx ya da Foucault'ya rağmen) ve tabii ki bu değerlerin aktif ya da pasif savaşın araçları olması, bunların eleştirilmesini ya da herhangi bir şekilde bunların hakkında tartışma açılmasını imkânsız kılıyorken diğer yandan bunlara herhangi bir karşı duruş sergileyenleri de gayrı-insanileştiriyor (dehumanize).[66] Hatta daha da ileri

---

62 KERVEGAN Jean-François. "Carl Schmitt ve Dünya Birliği." **Carl Schmitt'in Meydan Okuması,** editör Chantal Mouffe, 1. Baskı, İletişim, 2019. s. 91.

63 İnsan Hakları'nın küresel bir seküler din olarak ele alan bir çalışma için bkz: FERON Henri. "Human Rights and Faith: A 'World-Wide-Secular Religion'?" **Ethics and Global Politics**, vol. 7, no. 4, 2014, ss. 181-200.

64 De BENOIST Alain. **Beyond Human Rights: Defending Freedoms**. Arktos, 2011. s. 13.

65 "Bugün seküler ya da dini pek çok mesiyanik görüşün neden olduğu bir dünya iç savaşından bahsedebiliriz." KOCHI, 2006b, s. 152.

66 Meşhur cümlesiyle Hegel'in de altını çizdiği gibi tin ancak şimdinin tinidir, bilgi ancak şimdiye dairdir. Schmitt, Hegelin bu tespitine dayanarak liberalizmin tarihselliğinin altını çizer. Liberalizm, onun uzantısı olan insan hakları, özgürlük, insalık değerleri vb. evrensel etik değerleri (ya da Arendt'tin tabiriyle ebedi etik değerler) ne evrensel ne de ebedidir, yani zaman

giderek bazı durumlarda insan hakları dogmatiğinin kültürel ırkçılığın moral zemini haline gelebildiği bile söylenebilir.[67] Benoist, özellikle Amerikan halkında yaygın olan "terör psikolojisinin anlaşılamazlığına" dönük algının, Amerikan sisteminin en iyi, en özgür, en doğru sistem olduğuna ilişkin şaşmaz inançtan kaynaklandığını söyler[68]. Eğer bir kişi bile bu düzene saldırmak istiyorsa, bu kişi "normal" olamaz ancak hasta, deli ya da sapkın olabilir. Sahip oldukların sistemin en iyisi olduklarına dönük şaşmaz inanç, bu inancı paylaşmayanları gayrı-insanileştirme sürecini de beraberinde getirmektedir.

Carl Schmitt liberal anayasacılığın özünün normativist olduğunu söyler.[69] Politik erkin yasalarla tanımlanıp, sınırlarının çizilmesi liberal anayasacılığın asıl amacıdır. Politik iktidarın sınırlarının yasalarla çizilmesi, keyfiyeti önlemek için olumlu bir tavırdır. Ancak bu tavır politik öz'ün hukukileştirilmesini de beraberinde getirecektir. Uluslararası alanın evrensel etik değerler doğrultusunda hukukileştirilmesi savaşları belli oranda ceza hukukunun konusu haline getirmiştir (haklı savaş, terörizm vb). Uluslararası politik alanın iyi ile kötününün ya da suçlu ile polisin mücadele alanına dönüşmesi bu "iyi"yi korumak misyonunu üstlenen devletlerin hem moral hem de fillî hemenonyasının da temelini oluşturur. Mücadelenin somut çıkar çatışmalarından değil fakat iyi ile kötünün mücadelesinden kaynaklanması da politik şiddetin sürekli hale gelmesine neden olacaktır. Zira sorun artık bir toprak parçasının işgali ya da barış anlaşması ile çözülebilecek bir şey değildir. Çünkü mutlak barış ancak kötü tamamen ortadan kaldırıldığında sağlanabilecektir.

---

ve mekan üstü değerler değildir. Liberalizm tarihin dar bir diliminde, belli bir bölgesinde ortaya çıkan ve insan hakları gibi önem ve faydaları inkar edilemeyecek değerler kadar sömürgeciliği, sınıf hiyerarşisini, eşitsizliği de beraberinde taşıyan tarihsel bir yansımadan ibarettir.

67 "Batılı bir insan hakları devletinin de herhangi bir rejim kadar saldırgan, ölümcül ve barbar olabileceği anlamına gelir. Bizim arzumuz hukukun arzusudur: ancak arzumuza ulaşıldıkça, hukuk büyük bir yasa koyucu veya ilke etrafında daha sıkı, tutarlı ve boşluksuz hale gelir, yabancılara karşı daha saldırgan olur ve bizden tereddütsüz ve kayıtsız bir saygı talep eder" DOUZINAS, 2018. s. 361.

Bu bağlamda Nazi rejiminde Yahudilerin *homo sacer* (öldürülmesi ne kutsal ne de ceza hukukunu ihlal eden lanetli insan) ilan edilip kamplara kapatılması ile Amerika'nın terörizm üzerinden benzer şekilde insanları *homo sacer* haline getirip Guantanamo ya da Ebu Gureyb'de tutması benzer akıl yürütmelerin ortaya koyduğu sonuçlardır. VAN MUNSTER Rens. "The War on Terrorism: When the Exception Becomes the Rule." **International Journal for the Semiotics of Law**, vol. 17, no. 2, 2004, ss. 141-153. s. 146.

68 De BENOIST, 2013. s. 63.

69 SCHEUERMAN William E. **Carl Schmitt: The End of Law**. Rowman & Littlefield, 1999. s. 74.

Özetle bir önceki bölümde anlattığımız hayatın siyasallaşması olgusuna 20. yüzyılın ikinci yarısında siyasetin, dolayısıyla da hayatın kendisinin ahlakileşmesi süreci eklendi. II. Dünya Savaşında sonra uluslararası alanda gerçek anlamda kabul görmeye başlanan evrensel etik değerler olan insan hakları, bugün politik alanı ama özellikle de uluslararası politik alanı ahlakileştirip, iyi-kötü savaşına dönüştürerek sistemi depolitize etmektedir. Nötr bir olguyu iyi diye niteleyip onu etik alana taşımak, savunulan bu olguya eleştiri getirebilecek ya da bu "iyi" değerleri benimsemeyecek olanları da kötü diye niteleme sonucunu doğurur. Aynı şekilde karşı taraf da aynı diskuru kullanarak kendilerini iyi, karşı tarafı kötü diye nitelemeye başlar. Bunun en büyük zararı ise uzlaşmayı imkânsız kılınmasıdır. Zira politik, ekonomik ya da toplumsal çıkar çatışmalarında orta yol bulunabilir ancak kötü ile uzlaşılmaz, kötü ile ancak ve ancak savaşılabilir. Şunu da eklemek gerekir ki iyi daima kötüyü beraberinde taşır. Bu yüzden bir yere iyiyi taşımak oraya kötünün tohumlarını da ekmek anlamına gelir. Bir sonraki bölümde evrensel iyinin evrensel kötüsü olarak terörist imgesini ve onun evrensel etik değerler olarak insan hakları ile olan ilişkisini inceleyeceğiz.

III. KÜRESEL TERÖRIZM

"Size korkunç bir son darbe vuracağız.
Bir düşmandan mahrum edeceğiz sizi"[70]

Çalışmanın bu bölümüne kadar politik şiddetin mekansızlaşması, süreklileşmesi ve genelleşmesi sürecini analiz ettik. Vestfalya düzeninin parçası olan ulus devlet niteliğini koruyarak evrensel bir düzen kurma iddiası imkânsız bir talepti. Küresel bir düzen ancak küresel bir devlet ve bu devletin küresel polisleri, mahkemeleri, okulları, iktidar araçları oluşturulabilirse mümkündür. Bu da ancak gelecekte tüm dünyayı tehdit eden ortak bir düşman ortaya çıkarsa ihtimal dâhilinde olabilir. Mekandan kopan düzen iddiası sadece daha büyük bir düzensizlik yaratır. Bir devlet kendi iç sınırlarında yeterince polise ve askere sahip değilse ortaya çıkacak şey nasıl iç savaşsa, küresel düzen iddialarını koruyacak yeterli polis yoksa ortaya çıkan şey bir "dünya iç savaşıdır".[71]

---

[70] Gorbaçov'un danışmanı Georgi Arbatov'un Amerikalılar için kurduğu cümle.

[71] Evrensel değerleri korumak iddiasıyla gerçekleştirilen müdahalelerden Irak, Afganistan, Suriye müdahalelerinin nasıl bir dünya iç savaşına döndüğü hala güncel örnekler olarak önümüzde durmaktadır. Evrensel değerleri korumak gerekçesiyle bu ülkelerdeki hükümetler devrildi. Ancak müdahale eden devletlerin burada düzeni sağlayacak polis gücü olmadığı için

20. yüzyılda önceki bölümlerde anlatılan dönüşümlerin sonucunda pek çok yeni tipte politik şiddet biçimi ortaya çıktı: Partizanlar, devrimci savaşçılar ve teröristler bunlardan ilk akla gelenler. Schmitt, savaşın değişen yapısı üzerine 1960'larda Partizan teorisini geliştirdi. Partizan, batıdaki düzenli ordulara karşı düzensiz şekilde savaşan kişilere verilen addır. Bu yapılar sivil asker karışık şekilde, araç olarak terörü kullanan, askeri ve sivil hedeflere yönelen yeni tipteki savaşçılardır. Schmitt partizan savaşçılarının belli bir toprağı savunma amaçları yüzünden (*tellurian*) onları yeni dünyanın *nomus*u için bir fırsat olarak görür.[72] Burada ele aldığımız küresel terörizm[73] ise partizan savaşından farklı olarak somut bir düşmana karşı belli bir toprağı koruyan bir şiddet formu değildir. Küresel terörizm, tek bir merkez tarafından yaratılan kürselleşme sürecinde ortadan kaldırılan tekilliklerin (türler, bireyler ya da kültürler) intikamıdır.[74] Kadir-i mutlak (*divine omnipotence*) ve mutlak ahlaki meşruiyet sahibi olan Batı, her Tanrı gibi kendi şeytanlarını yarattı, bu şeytanlara ihtiyaç da duydu.[75] Dost ve düşman arasındaki ayrım artık politik bir ayrım değildir. Schmittin benzetmesiyle iyiliğin tanrısı ile kötülüğün tanrısının savaş halinde olduğu sürekli bir savaş halidir.[76]

Savaşın mekansızlaşması durumunun en çarpıcı örneklerinden biri bu terörizm şiddetidir. Sovyetler ya da Amerika'nın kendi savundukları "evrensel" değerleri yaymak amacıyla şiddeti kendi toprakları dışına taşımaları sürecinin tepkisi kendisini terörizmle gösterdi. Amerika'nın Afganistan'a,

---

(olsaydı bile mümkün değildi aslında) ortaya çıkan kaos, şiddetin barajını tamamen serbest bıraktı. Küresel hegemon devletlere ve onların temsil ettiği evrensel değerlere karşı IŞID gibi El-Kaide gibi belirli bir toprak parçasına ait olmayan, dünyanın her yerinde şiddet üreten yapılar ortaya çıktı. Herkesin potansiyel bir şiddet üreticisi ve herkesin bu şiddetin hedefi haline geldiği sürekli, mekansız ve genelleşen bir şiddet ortaya çıktı.

72 SCHMITT, 2004. s.13.

Schmitt topraksız devrimci savaşçıya karşı belli bir toprağı savunan partizanın uluslararası alanda bir düzen için savunulabilir olduğunu savunur. Buna göre devrimci savaşı tüm dünyaya yaymaya çalışan Lenin'e (ya da Che) karşılık Mao'yu (ya da Castro) destekler. Çünkü Lenin için düşman evrensel ve her yerde farklı şekillerde tecessüm eden soyut bir varlık iken Mao belli bir toprağa bağlıdır ve düşmanı da o topraklarda karşı çıktığı kişilerdir.

73 Terörizm terimi bugün çok geniş bir kullanım alanına sahip olduğu için pek çok farklı türde şiddet hareketini kapsar. Biz burada küresel terörizmi ele almak suretiyle inceleme yapıyoruz. Bu yüzden burada anlatılanlar Hamas, PKK ya da IRA gibi terör örgütlerine değil EL-Kaide, IŞID ve Taliban gibi terör tartışmalarının esas konusu olan küresel terör örgütlerine ait analizlerdir. Ancak buna rağmen bu hatlar çok geçişken olduğu için bu analizler üzerinden diğer terör hareketlerine dair de done sunmaktadır.

74 BAUDRILLARD Jean. **The Spirit of Terrorism and Other Essays**. Verso Trade, 2013. s. 9.

75 Age. s. 7.

76 SCHMITT, 2014. s. 124.

Irak'a ya da diğer ülkelere taşıdığı evrenselci şiddet karşısında evrensel bir şiddet bulmuş oldu. Evrensel düzen kendi evrensel karşıtlarını yarattı ve bu karşıtlar bu düzenin üsleri olarak gördükleri her yerde düzene saldırmaya başladılar.[77] Klasik savaş konseptinde savaşlar olağan sistemin dışında, belli bir mekanda belli bir zaman dilimi içerisinde belli kişiler arasında olağanüstü hâle geçilerek gerçekleşir ve savaş bittikten sonra olağan düzene geri dönülürdü. Özetle savaşlar gayzer kuyuları gibi tarihin ilerleyişinde ara ara biriken enerjiyi boşaltan noktalardı. Ancak 20. yüzyıl ile beraber sistemin üzerine küresel bir tabaka geçirildi. Fakat sistem kendi şiddetini üretmeye devam etti. Dışarı çıkamayan bu enerji diğer boşluklardan dışarı çıkmaya başladı ve alanın tamamına yayılan ufak gayzer kuyuları ortaya çıktı. Şiddet artık sistemin her yerinde her zaman ortaya çıkmaya başladığı için olağanüstü hâl ile olağan durumunun iç içe geçtiği bir durum oluştu.

Terörist eylemin amacı, partizan saldırılarından farklı olarak saldırılan şey değildir. Partizan savaşında saldırılan unsur aynı zamanda hedef unsurdur. Ancak terörizmde saldırılan unsur çoğu zaman hedef unsur değildir. Bu bakımdan terör saldırısı aslında insan kaçırmaya benzer. Kaçırmak eyleminin konusu olan kişi asıl hedef değildir. Asıl hedef tehdit yoluyla bir şeyler elde etmektir.[78] Terörist eylemin asıl amacı da saldırılan şeye zarar vermek değil, bu verilen zarar yoluyla kamuoyunu şekillendirme ya da hükümetin politikalarına etki etme, korku ve infial uyandırıp, caydırıcılık yoluyla istediklerini elde etmektir.[79] Bu bakımdan 11 Eylül saldırılarının asıl zarar verdiği şey ikiz kuleler ve içerisindeki insanlar değildir. Asıl amaçlanan şey şiddetin, teröristlerin kendi topraklarından işgalci kuvvetin kalbine getirilmesidir. Bu sayede dünyanın diğer ucunda gerçekleşen şiddete karşı duyarsızlaşabilen toplumun kucağına şiddeti getirip bırakarak onları da bu şiddet sarmalının parçası yapmaktır.

Terörizm geleneksel savaş konseptinden farklı olarak barış zamanında ortaya çıkar. Bu yüzden savaş ile barış arasındaki ilişkiyi bulanıklaştıran bir

---

77 Burada şu durum da ortaya çıkıyor. Bu şiddet biçimini suçlu ve kötü olarak niteleyenler de bu hegemon güçler olduğunu unutmamak gerekir. Örneğin Temmuz 2005'te İngilterede gerçekleşen bombalı saldırıyı medya ve ana akım yorumcular terörizm diye kestirip attılar. Ancak o sırada İngiltere Irakta savaş halindeydi ve Irak'ı bombalıyordu. Bu saldırının da o savaşın bir parçası, bir karşı saldırı olduğu fikri çok az yorumcu tarafından dillendirilebildi. KOCHI, 2006a, s. 274.

78 De BENOIST, 2013. s. 71.

79 Age. s. 71.

şiddettir. Terörizmle mücadele savaş ya da partizanlarla mücadelede olduğu gibi salt bir askeri görev değildir, hatta çoğu zaman polisiye bir görevdir. Ancak yine de polislerin, bildiğimiz anlamda suça karşı mücadele ettikleri de söylenemez.[80] Savaş durumu, barış durumunda geçerli olan kuralların işlemediği bir alandır. Barış durumunda çok parçalılık demokrasi için ideal durumken savaş durumu birlik duygusunu gerektirir. Bu yüzden savaş zamanlarında gerekli olan şey güçlü bir liderin ve kadronun emirleri doğrultusunda hareket etmektir. Savaş zamanında eleştiri, politik uzlaşmazlık büyük sorunlar yaratacağı için ulusal planda depolitizasyon savaşın gerekliliklerinden biridir. Ancak savaş bitip olağan düzen tekrar kurulduğunda politikanın tekrar geri gelmesi gerekir. Terörizm ise savaş ile barışın sınırlarını, alanlarını belirsizleştiren bir tehdit olarak barış zamanını da (ki artık barış savaşı da içermektedir) belli oranda savaş haline benzettiği için olağan durumu da depolitize eder. Güvenlik endişesi ile özgürlük karşı karşıya geldiğinde güvenlik endişesi çoğunluk için baskın gelecektir. Bu yüzden terörizmle mücadelede korku sadece teröristler tarafından değil iktidarlar tarafından da haklı veya haksız olarak beslenir ve insanlar arasında güvenlik endişesi artar.[81] Güvenlik endişelerinin olduğu yerde de tıpkı savaş durumlarında olduğu gibi kamusal tartışmalar engellenir ve insanlar da bunu doğal görürler. Bu yüzden terörizmle mücadelenin, halkı depolitize etmenin yeni araçlarından birine dönüştüğünü söylemek de yerinde olacaktır.[82]

Terörizm, suç ile savaşın sınırlarının belirsizleştiği bir alanda ortaya çıkar. Suçtur çünkü terörist savaş hukukunun değil ceza hukukunun konusudur ama suçlulara karşı uygulanan hukuk teröristlere tam olarak uygulanmaz.[83] Terörizme yardım ettiği söylenen devletler "suçlu" olarak nitelenebilir, içerde ise terörizme yardım ettiği düşünülen kişiler "düşman" olarak

---

80 Age. 62.

81 Benzer bir durum uluslararası arenada da yaşanmaktadır. Soğuk savaş süresince Amerikan ideolojisinin meşruiyet sağlayıcısı olan büyük öteki Sovyetlerin ortadan kalkması ile Amerikan hegemonyasının moral zemini çatırdamaya başlamıştı. 11 Eylül sonrası terörizme karşı açılan küresel savaş Amerika'ya arzu ettiği büyük ötekiyi de vermiş oldu ve hegemonyasını tekrar tesis etmesi için moral meşruiyet sağladı.

82 De BENOIST, 2013. s. 85.

83 Günter Jacobs, "vatandaş ceza hukuku" ve "düşman ceza hukuku" olarak ortaya koyduğu ayrımda terörle mücadeleyi sıradan suçlu ile mücadeleden ayırmış, bu düşmana karşı yürütülen mücadelenin bir savaş olduğunu ve bu mücadelede olağan vatandaş hukukunun değil düşman ceza hukukunun uygulandığını savunmuştur. ROSENAU Henning. "Jakobs'un Düşman Ceza Hukuku Kavramı Hukukun Düşmanı." **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, vol. 57, no. 4, 2008, ss. 391-402. s. 396.

nitelenebilir.[84] Bundan dolayı terörist ne suçlu olarak sistemin içindedir ne de düşman olarak sistemin dışındadır.[85] Agamben'nin istisna hâline ilişkin tespitinde olduğu gibi terörist dışsallaştırma yoluyla içselleştirilen bir kişi olarak tam olarak istisna hâlinde yer alır.[86] Suçlu denilerek hukukun içine alınmıştır ancak düşman gibi davranılarak olağan hukukun dışına çıkarılmıştır. Bu yüzden terörizmle mücadele kanunları da bu melez aktörleri hedef alan melez kanunlardır.

Terörizmi olağan suçlardan ayıran unsurlardan biri de terörizmle mücadelenin yalnızca eylem düzeyinde değil niyet düzeyinde de gerçekleşmesidir.[87] Burada şu soru ortaya çıkıyor: Olağan suçlarda suç işleme niyetiyle mücadele edilmez mi? Evet edilir ancak bu mücadele suçun işleneceğine dair hiçbir emare yokken değil, suçun işleneceğine dair belli göstergeler ortaya çıktıktan sonra ortaya çıkar. Terörizmle mücadelede ise düşman somut olarak var olan bir kişi değildir, her an her yerde eyleme geçmeye hazır bir tehdit, bir korkudur.[88] Yani yalnızca A bölgesine yapılacak bir saldırı istihbaratı alındıktan sonra, bu eyleme geçmemiş niyete dönük tedbirler değildir söz konusu edilen. Ortada hiçbir gösterge olmadan da terörist saldırı tehlikesi mevcut ve muhtemeldir. Bu yüzden her an her yerde saldırması ihtimal dâhilinde olan teröriste karşı her an her yerde bunu engellemek için çabalayan bir güvenlik algısı ihtiyacı ortaya çıkar. Ayrıca diğer suçlulardan farklı olarak terörist somut bir suçlu olmadığı yani herkesin bir bakıma terörist olma ihtimal olduğu için muhtemel teröristin muhtemel eylemine karşı alınacak tedbirler de muhtemel teröristlere yani tüm topluma karşı alınır. Şüphesiz muhtemel teröristler daha dar bir gruba indirgenebilir (müslümanlar, komünistler vb) ve bu gruplara dönük ekstra önlemler de alınıyordur. Ancak yine de internet akışının denetimi, telefon dinlemeleri, kimlik kontrolleri, hak ve özgürlükleri sınırlayan düzenlemeler sadece belli grupları değil tüm toplumu hedef alan düzenlemelerdir. Bu terörle mücadele kanunları teröristleri hedef alsa da tüm toplumu etkileyen kanunlardır.86

---

84 PAYE, s. 226.

85 AGAMBEN Giorgio. **"İstisna Hali**", (çev. Kemal Atakay). Otonom Yayınları, İstanbul, 2006. s. 12.

86 AGAMBEN, 2001. s. 29.

87 De BENOIST, 2013. s. 85.

88 ROSENAU Henning. "Jakobs'un Düşman Ceza Hukuku Kavramı Hukukun Düşmanı." **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, vol. 57, no. 4, 2008. ss. 391-402. s. 399.

1. Olağanlaşmış Olağanüstü Hâl

Giriş bölümünde devletin varlığı ile istisna hâli (ya da doğa hâli) arasındaki kurucu ilişkiye değinmiştik. Tüm klasik doğa hali anlatılarında devletin kendisine karşı örgütlendiği doğa hali, gerçek bir güvensizlik ya da kaos ve savaş durumudur. Tehdit gerçektir ve gerçek olduğu için de ortadan kaldırılması ve olağan bir düzen kurulması mümkündür. Agamben bu istisna hâlinin artık farklılaştığını iddia eder. Terör ve bu terörün yarattığı "korku" üzerinden devletin kendisini yeniden anlamlandırdığını ve bu meşruiyet üzerinden yeni bir biçim kazanmaya başladığını savunur.[89] Küresel terörizmde şiddet tehdidi, savaş ya da olağanüstü hâl durumlarında olduğu gibi sistemin nadiren yaşanan patlama noktalarında ortaya çıkmaz. Terörizmin neden olduğu şiddet her an, her yerde ortaya çıkabilecek bir şiddettir. Terörizmde korku unsuru gerçek tehdit unsurundan farklıdır çünkü terörün asıl etkisi gerçekleştirdiği saldırılar değil bu saldırıların her an her yerde yinelenebileceğine dönük korkudur. Bu yüzden terör, klasik istisna hâllerinin aksine gerçek bir tehdit değil, nereden ne zaman geleceği belli olmayan, "*sürekli yeniden tanımlanan sanal bir düşman"* tarafından üretilen devamlı ve muhtemel bir tehdittir.[90]

Hobbesçu ya da Schmittyen anlamda korku, devlet öncesi ya da devletin kriz anlarından ortaya çıkan ve ancak o zamanlarda gündeme gelebilecek bir duygu iken, küresel terörizmin yaygınlaştığı çağda bu korku, sistemin olağan parçası haline gelmiştir. Terörist diğer düşmanlardan farklı olarak her an her yerde olabilen (*omnipresent*) bir düşmandır.[91] Hobbes, Schmitt ya da Machiavelli'de iktidarın kayıtsız yüceltilmesi tesadüf değildir. İnsanlar şiddet ve kaosun nefesini enselerinde hissettiklerinde ilk arzulayacakları şey kendilerini bu tehditlerden kurtaracak bir kahraman, tanrı ya da lider bulmaktır. Şiddet ya da şiddet korkusunun neden olduğu güvensizlik duygusu, o tehditler ortadan kalkıncaya kadar özgürlük arzusunu geri plana iter. Eğer şiddet *omnipresent* bir unsur olarak ortaya çıkarsa ne olacaktır? Sona ermeyen güvenlik tehditlerine karşı sonu gelmez güvenlik önlemleri ortaya çıkacak ve insanlar da buna gönüllü olarak boyun eğeceklerdir. Bu tehdit, klasik

---

89 AGAMBEN Giorgio. "Hukuk Devletinden Güvenlik Devletine, (çev. Haldun Bayrı)." **Medyascope**, 2019, https://medyascope.tv/2019/01/06/giorgio-agamben-hukuk-devletinden-guvenlik-devletine/ (10.11.2019).

90 PAYE Jean-Claude. **Hukuk Devletinin Sonu: Olağanüstü Halden Diktatörlüğe Terörle Mücadele,** (Çev**.** Demet Lüküslü). 1. Baskı, İmge kitabevi, 2009. s. 15.

91 De BENOIST, 2013 s. 77.

olağanüstü hâl tehditlerinde olduğu gibi belli süreliğine hukukun kısmen veya tamamen askıya alınması suretiyle ortadan kaldırılabilecek bir tehdit de değildir. Terörizm uzun sürecek bir mücadeleyi gerektiren bir saldırıdır. Bu yüzden geleneksel, kısa süreli olağanüstü hâl tedbirleri bu problemin aşılmasına etkili olamamaktadır.[92] Olağanlaşmış şiddet, beraberinde olağanlaşmış istisna hâlini, olağanlaşmış olağanüstü hâli getirecektir. Olağanüstü zamanlar insanların, olağan zamanda kabul etmeyecekleri tedbir ve kısıtlamalara boyun eğdiği süreçlerdir. Olağanüstü durumlar ya da savaş düzeni, tehdit ortadan kalktığı zaman ortadan kalkar ve olağan düzen kurulur. Ancak küresel terörizmle savaş, olağanüstü hâlin olağan hâle içkin bir şeye dönüştüğü düzeni ortaya çıkarmaktadır.[93] Olağanlaşmış bu olağanüstü rejimde de tedbir ve sınırlandırmaların, terör tehdidinin sürekliliğine paralel olarak kalıcı hale gelme ihtimali söz konusudur.

Teröristler üniforma giymezler. Bu yüzden teröristler diğer insanlar gibi giyinip onlarla aynı işi yapabilir, aynı otobüse binip aynı yerde yemek yiyebilirler. Teröristin herkes gibi olabilmesi herkesi potansiyel bir teröriste dönüştürür.[94] Bu da iki önemli sonuç doğurur: İlk sonuç herkese muhtemel bir terörist gibi davranılmasıdır. Herkesin muhtemel düşman olduğu bir düzende hukukun da buna göre ayarlanması gerekir. Geleneksel düzende yalnızca savaş zamanlarında uygulanan olağanüstü hukuk yeni düzende, her an her yerde olan düşmana karşı her an her yerde olacak bir hukuka dönüşüyor. Eskiden savaş bittiğinde olağanüstü duruma özgü hukuk da sona ererken, bugün bazı yerlerde olağanüstü durumun olağanlaştığına şahit oluyoruz. Bu da aslında şiddetin hayatın her günkülüğüne sızması demek. Eskiden savaş politikanın başka araçlarla devamı iken artık savaş, olağan politikanın asli unsurlarından birine dönüşüyor. Eskiden barış ve savaş arasında kesin sınırlar varken bugün savaş durumu barışa içkin hale gelebiliyor.

Paye, terörle mücadelenin ceza hukuku üzerindeki dönüştürücü etkisine dikkat çekmektedir. Terörle mücadele bir yandan savaş benzeri bir faaliyet şeklinde sürdürülürken diğer yandan olağanüstü yönetim usulleri ile gerçekleştirilmeyip sistemin olağan işleyişi devam ettiririlmektedir. Bu esnada da

---

92 DEPENHEUER Otto."Verfassungstheoretische Überlegungen Zum Staatsnotstand. Rechtliche Antworten Auf Die Lagen Des Staates: Normal-, Spannungs- Und Ausnahmelagen." **Der Rechtsstaat in Zeiten Von Notstand Und Terrorabwehr**, editör: Arno Scherzberg Otto Depenheuer, Berlin: LIT Verlag, 2019. s. 23.

93 AGAMBEN, 2006. s. 11.

94 BAUDRILLARD, s. 20.

olağan durum hukuku ve özellikle ceza hukuku bu mücadele için değiştirilmektedir. Fakat terörle mücadele için getirilen bu yeni kanunlar sadece teröristleri değil diğer bireyleri de etkileyen kanunlardır.[95] Bu yüzden olağanüstü durumun olağan hale geldiği, savaş dönemi hukuku ile ceza hukukunun, dost ile düşmanın, istisna ile normun birbiri içine geçtiği bir süreç yaşanıyor.[96]

Agamben terörizmle mücadele ile birlikte Batıda, hukuk devletinin güvenlik devletine evrilmeye başladığı bir sürecin yaşandığına dikkat çekmektedir.[97] Bu yüzden bugün terörizm anayasal devletler için sadece bir tehdit değil varoluşsal bir probleme dönüşmüş bulunmaktadır.[98] Terörizmin her yerdeliğine karşı vatandaşların iletişimlerinin, hareket bilgilerinin, verilerinin sürekli denetim altında tutulması; ceza kanunlarının bu mücadele kapsamında dönüştürülmesi, her yanda silahlı polislerin nöbet tutması bu sürecin görünen yansımalarından sadece bazıları.[99] Bunun yanında ayrıca terörle mücadele toplumun örgütlenmesini de dönüştürmektedir.[100] Özellikle bireylerin apolitikleştirmesi bu dönüşümün en önemli yönlerinden birisidir.[101] Güvenlik tehdidinin yaşandığı durumlar acil ve etkili bir çözüm getirme gerekliliğini de beraberinde getirir. Bu da insanları bu sorunlar aşılıncaya kadar güvenliği sağlayan aktörleri eleştirmekten, demokratik tartışmalardan alıkoyar. Paye, terörizmle etkili mücadele adına yargının polisleri kontrol etme kapasitelerinin zayıflatıldığını, idari ve adli kontrolden kurtulan polisin "*devletin merkezi organı*" haline geldiğine dikkat çekiyor.[102] Calhoun da farklı bir perspektiften, olağanüstü durumların beraberinde insani müdahale ve yönetici (*managerial*) perspektifi getirdiğine işaret ediyor.[103] Terörizm tehdidi nedeniyle güçlenen yönetici perspektif, politik idarenin aksine sorunu depolitize eder. Bundan dolayı olağanüstü sorunların çözümü demokratik karar alma süreçlerine açık değildir.

---

95 PAYE, s. 21.

96 Van MUNSTER Rens. "The War on Terrorism: When the Exception Becomes the Rule." **International Journal for the Semiotics of Law**, vol. 17, no. 2, 2004, ss. 141-153. s.142.

97 AGAMBEN, 2019.

98 DEPENHEUER, s. 16.

99 Age. s. 24.

100 PAYE, s. 181. ve Calhoun Craig. "A World of Emergencies: Fear, Intervention, and the Limits of Cosmopolitan Order." **Canadian Review of Sociology/Revue canadienne de sociologie**, vol. 41, no. 4, 2004, ss. 373-395. s. 389.

101 AGAMBEN, 2019.

102 PAYE, s. 181.

103 CALHOUN, s. 389.

Terörle mücadelenin olağanlaştırdığı bir diğer sorun da insanların ve devletin hukuki kesinlikten uzaklaşmasıdır.[104] Teröristin sıradan bir suçludan farklı olduğunu daha önce belirtmiştik. Mücadele edilme, öldürülebilme şekli olarak düşman konseptine yakınken sağ ele geçme durumlarından ceza hukuku uygulanmaktadır. Ancak sınırlar böyle keskin değildir. Yani yakalandığından da aynı anda hem suçlu hem de düşman olduğu düşünüldüğü için uygulanan kanunlarda hassasiyet gösterilmediği gibi, bu melez düşmana karşı olağan bir suçlu için getirilemeyecek melez kanunlar kabul edilmektedir ve bu kanunların bir kısmı tüm vatandaşlara da uygulanacak genel nitelikteki kanunlardır. Aktif bir düşmanın var olduğu korkusu da bu kanunları hem devlet nezdinde hem de vatandaşlar nezdinde meşrulaştırabilmektedir.

SONUÇ

Baudrillard batı aydınlanmacığılığının ciddi bir yanılgısının altını çiziyor: Batılı düşünürler iyi'nin her alana yayılmasının (bilim, teknoloji, demokrasi, insan hakları) kötüyü def edeceğine inandılar ve iyi ile kötünün beraber ilerlediğini anlayamadılar.[105] Dünyanın her yanına iyi taşınırken aynı anda kötünün de beraberinde götürüldüğü farkedilemedi.[106] Daha önce belirtildiği gibi neyin iyi neyin kötü olduğunu söylemek bile bir iktidar kurma biçimidir.[107] Evrensel değerlerin, Avrupa'nın kolonyal geçmişi üzerine inşaa edilen Amerikan hegemonyası ile kolkola benimsetilmeye çalışılması bu değerlerin bazı topluluklar tarafından Batı emperyalizminin iktidar araçları olarak görülmesine yol açtı. Doğal olarak iyi denilen bu değerlerle beraber hegemon güçlerin savunduğu tüm değerler, hegemonik iktidarla karşı karşıya gelenler tarafından "kötü" olarak görülmeye başlandı.

Kochi'nin incelikle tespit ettiği gibi bugün seküler ya da dini pek çok mesiyanik hareket arasında gerçekleşen bir dünya iç savaşı görüyoruz[108] ve çok

---

104 AGAMBEN, 2019. (Online Yazı).

105 BAUDRILLARD, s. 13.

106 Weber, "iyiden ancak iyilik, kötüden ancak kötülük gelir" safdilliğini eleştirerek insanlık tarihinin bunun tam tersini haklı çıkardığını belirtiyor. Tanrı, kadir-i mutlak ve iyi olmasına rağmen yarattığı dünyanın haksızlık, acı ve kötülük dolu olmasını bu durumun ilk sembolik örneği olarak sunuyor. WEBER, s.122.

107 SCHMITT Carl. **Die Tyrannei Der Werte**. 2. Baskı, Berlin: Duncker & Humblot, 1979. s.39.

108 İngiliz Savaş tarihçisi Sir Michael Howard, liberalların savaş algılarının derininde yatan fundemantalist dinselliğe dikkat çektikten sonra, Amerikanın her zaman bir ulus devletten çok seküler bir kiliseye ya da dev bir tarikata benzediği tespitini yapıyor. Amrikan'ın dış politikada kendisine biçtiği mesiyanik rol ve terörle mücadelede kullandığı söylemler düşünüldüğün-

açık ki bu sorun tarafları iyi-kötü ikilemine hapseden etik perspektif korunduğu sürece çözülemeyecektir.[109] Daha önce de belirtildiği gibi politik alana dönük etik bakış hem politik algıyı hem de etik algıyı bozar. Politik düşmana etik açıdan yaklaşılıp kötü olarak kodlandığında bu durum kendimize dönük algımızı "kötüye karşı iyi" olarak görmeye neden olacağı için hem kendimize dönük algımızı bozar hem de karşı taraf kötü olarak kodlandığı için onu sağlıklı şekilde değerlendirip onunla uzlaşma ya da mücadele etmeyi engeller. Bu yüzden yapılması gereken ilk şey politika ve hukuk alanını mistifiye eden etik yaklaşımdan sıyrılıp başta kendimiz olmak üzere tüm aktörleri gerçekçi şekilde tanımaktır.[110] Aksi taktirde insan hakları, terörün ortaya çıktığı ülkeler ve orada yaşayan insanlar tarafından modern emperyalizmin moral meşruiyeti olarak görülmekten kurtulamayacaktır.[111] Çatışan taraflar arasındaki ilişkiyi efendi-köle diyalektiğinden kurtarıp eşit ve bağımsız özneler olarak tanımak (*recognition*) sağlıklı bir kendilik ve öteki bilinci için zorunlu bir şarttır.[112] Aksi taktirde ezilen ya da "köle" konumunda olanlar bu konumlarından kurtulmak için kendi moral değerlerini yaratıp "efendilerle" sürekli bir mücadele ilişkisi içine girmeyi asla bırakmayacaklardır. Diğer yandan bu durum insan haklarını savunusu yapanların da kendi öz-bilinçlerine zarar verdiği için kendilerini mutlak haklı, karşı tarafı da deli, ruh hastası ya da sapkın olarak görmeye ve mevcut çatışma biçimini sürdürmeye devam edeceklerdir.

Üzerine düşünülmesi gereken bir diğer unsur da Schmitt'in mekansız bir düzenin mümkün olmadığı eleştirisidir. Evrensel insan hakları iddiası da bu çürük zemin üzerine inşa edilmektedir. Amerika ve Batılı devletler evrenselci değerler yoluyla dünyayı dönüştürmek amacını güdüyorlar ancak bunu yaparken de ortadan kalkan Vestfalya düzeninin parçası olan ulus-devletler olarak hareket ediyorlar.[113] Güvenlik ve koruma sorumluluğunu üstlendikleri

---

de, liberal barışın aslında teolojik bir barış ve hatta seküler bir mümkün cennet arzusu olduğunu dahi söyleyebiliriz. Fukuyama'nın tarihin sonu tezi, diğer tüm son tezleri gibi mümkün cenettelerin en iyisi tasavvurı değil miydi? De BENOIST, 2011. s. 36.

[109] KOCHI, 2006b, s. 153.

[110] Age. s. 154.

[111] PAYE, s. 16.

[112] KOCHI, 2006b, s. 145.

[113] Weber, bir kişinin "memleket (native city) ya da anavatan yerine "sosyalizmin geleceği" ya da "uluslar arası barış" demesinin umulanın tam aksine bir sonuç doğuracağından bahsediyor ve bir anlamda Schmitt'in *nomos* tezlerini önceleyen fikirler ortaya koyuyor. Politikanın ana aracının şiddet olduğunu belirten Weber'e göre "ruhun kurtuluşu" vb. etik amaçlar için politikanın kullanılmasının, ortaya koyacağı şiddet nedeniyle bu şiddete muhatap olan nesiller için tam tersi bir sonuç doğuracağının altını çiziyor. WEBER, s. 120-129.

mekân, kendi devlet sınırları olmasına rağmen dünyanın farklı yerlerine evrensel değerleri ve bu değerleri sağlamak için gerekli şiddeti taşıyorlar.[114] Bu da bu bölgelerde, taşınan şiddet yüzünden ortaya çıkan kaos durumunda ortaya çıkacak karşı-şiddeti denetimsiz kılıyor ve orada yaşayan insanları güvensizlik içinde korumasız bırakıyor.[115] Buna ek olarak ortaya çıkan karşı şiddet, düşmanını kendi ülkesine müdahaleden caydırmak adına terör faaliyeti yoluyla batıya taşınıyor. Yarattığı yıkıma ek olarak bu karşı-şiddetin ortaya çıktığı yerlerde yaratılan korku ve güvensizlik nedeniyle demokrasi ve insan hakları değerleri zarar görüyor.

Ortaya çıkan bu karşı-şiddetin diğer bir sonucu ise düzensizlik ve sınırsız şiddetin ortaya çıktığı bu topraklarda yaşayan insanların, topraklarını terk ederek Batı'ya göç etmeye başlamasıdır. Egemen ulus devlet/ evrensel düzen gerilimi kendisini en çok bu noktada gösteriyor. Arendt'in göçmenlerin durumu üzerinden gözlemlediği gibi hegemon devletler bir yandan insanların doğuştan gelen ebedi-etik değerlere sahip olduğu düşüncesi üzerinden uluslararası faaliyet yürütüyor ama hakların korunması hususunda yalnızca kendi vatandaşlarının sorumluluğunu üstleniyorlar.[116] Özetle bu evrensel düzen her yerde hakim olsun ama insanlar da oldukları yerlerde kalsın isteniyor. Afganistan'a uzanmak isteniyor ama Afgan'ın kendilerine uzanması istenmiyor. Bu yüzden yürütülen uluslarası düzen çabası sonucu her türlü politik ve hukuki kimliğini kaybeden insanlar yani göçmenler insan haklarını evrenselliğine rağmen göç ettikleri yerde, ancak bir çeşit doğa hali statüsüyle (*state of nature*) bulunabilmektedirler.[117] Mevcut değerler bir yere ka-

---

[114] ISAAC Jeffrey C. "A New Guarantee on Earth: Hannah Arendt on Human Dignity and the Politics of Human Rights." **American Political Science Review**, vol. 90, no. 1, 1996, ss. 61-73. s. 63.

[115] Douzinas insan hakları ile ilgili önemli eserinde insan hakları düşüncesinin doğuşu ile ulusal egemenliğin doğuşu arasında bir nedensellik ilişkisi kurarak egemen devletin, insan hakları bildirgesi ile ortaya çıkan egemen insanın bir aynası olduğunu ifade ediyor. İnsan hakları insanlık adına ilan edilseler de ilan edenler politik bir topluluk ve onun yurttaşlarını esas alıyorlardı. Yurttaşları esas alan bu politik düşünce zemininden ortaya çıkan milliyetçilik düşüncesi uluslar arasında bir sınıf yaratılmasına neden oldu ve uluslar arasında hiyerarşik bir sınıf mekanizması kurulmasını sağladı. Bu yüzden insan hakları düşüncesini ortaya çıkaran süreç ile soykırımları, etnik temizlikleri ve sömürgeciliği ortaya çıkaran süreç aynıdır. Evrensel insan hakları değerleri ile bu değerleri ortaya koyan "belli" bazı ulusların bu değerleri yayma çabalarının olası sonuçlarını göz ardı etmemek gerekir. DOUZINAS, 2018. s. 119-126.

[116] "... insan ve yurttaş arasındaki ayrım modern hukukun başlıca karakteristiği"(dir). Age. s. 124.

[117] ARENDT Hannah. **The Origins of Totalitarianism**. New York: Harcourt Brace & Company, 1973. s. 345.

dar bu göçmenlere koruma sağlayabilecek güce sahip olsa da batmaya terk edilen göçmen botlarından yükselen ırkçı partilere kadar pek çok gösterge bu zeminin bazı ülkelerde ciddi şekilde sallandığını göstermektedir. Schmitt'in çok erken bir tarihte işaret ettiği bu mekan-düzen geriliminin yıkıcı sonuçları bugün kendisini terörizm ve göçmenlik üzerinden ortaya koyuyor ve başladığı yere geri dönüp evrensel değerlere zarar vermeye başlıyor. Bu çalışmadada da eleştirilen şey insan haklarının içeriği değil bu değerlerin, politik gerçeklik gözetilmeden, evrensel değerler olduğu iddiasıyla hareket edilmesidir. Bu yüzden Schmitt'in bahsettiği düzen-mekan ilişkisi üzerine yeniden düşünmek ve Arendt'in işaret ettiği insan haklarını evrensel-etik değerler olarak görmeyi bırakıp bunların ulus-devlette yerine getirikleri tarihi ve politik işlevlerine odaklanılması gerekmektedir.[118] Evrensel değerler-ulus devlet çelişkisi görmezden gelindiği sürece evrensel değerlerin gerçek anlamda evrensel olabilmesi mümkün olmayacağı gibi[119] bu değerlerin emperyal arzuların aracı olarak kullanılmasının yarattığı dini fundamentalizm, batı düşmanlığı, terörizm gibi sorunlar da anlaşılamayacaktır.

---

[118] AGAMBEN, 2001. s. 153.

[119] KARDEŞ M. Ertan. **Schmitt'le Birlikte Schmitt'e Karşı**. 1. Baskı, İstanbul: İletişim, 2015. s. 207.

KAYNAKÇA

AGAMBEN Giorgio. "Hukuk Devletinden Güvenlik Devletine, (Çev. Haldun Bayrı)." **Medyascope**, 2019, https://medyascope.tv/2019/01/06/giorgio-agamben-hukuk-devletinden-guvenlik-devletine/ (10.11.2019).

AGAMBEN Giorgio. **İstisna Hali,** (çev. Kemal Atakay). Otonom Yayınları, İstanbul, 2006.

AGAMBEN Giorgio. **Kutsal İnsan: Egemen İktidar ve Çıplak Hayat, (Çev. İsmail Türkmen)**. Ayrıntı yayınları, 2001.

ARENDT Hannah. **The Origins of Totalitarianism**. New York: Harcourt Brace & Company, 1973.

BAUDRILLARD Jean. **The Spirit of Terrorism and Other Essays**. Verso Trade, 2013.

BROWN Wendy. **Politics out of History**. New Jersey: Princeton University Press, 2018.

CALHOUN Craig. "A World of Emergencies: Fear, Intervention, and the Limits of Cosmopolitan Order." **Canadian Review of Sociology/Revue canadienne de sociologie**, vol. 41, no. 4, 2004, ss. 373-395.

CARANTI Luigi. "Perpetual War for Perpetual Peace? Reflections on the Realist Critique of Kant's Project." **Journal of Human Rights**, vol. 5, no. 3, 2006, ss. 341-353.

CITRON Rodger D. "The Nuremberg Trials and American Jurisprudence: The Decline of Legal Realism, The Revival of Natural Law, and the Development of Legal Process Theory." **Michigan State Law Review**. vol. 2, 2006, ss. 385-410.

De BENOIST Alain. **Beyond Human Rights: Defending Freedoms**. Arktos, 2011.

De BENOIST Alain. **Carl Schmitt Today: Terrorism, Justv War, and the State of Emergency**. Arktos. 2013.

DEPENHEUER Otto. "Verfassungstheoretische Überlegungen Zum Staatsnotstand. Rechtliche Antworten Auf Die Lagen Des Staates: Normal-, Spannungs- Und Ausnahmelagen." **Der Rechtsstaat in Zeiten Von Notstand Und Terrorabwehr**. Editör: Arno Scherzberg Otto Depenheuer, Berlin: LIT Verlag, 2019.

DOUZINAS Costas. **İnsan Haklarının Sonu,** (çev. K. Akbaş ve U. D. Tuna). 1. Baskı, Ankara: Dipnot, 2018.

FALK, Hjalmar. "Carl Schmitt and the Challenges of Interwar Internationalism. Against Weimar-Geneva-Versailles". **Global Intellectual History**, 2020. ss. 1-19

FERON Henri. "Human Rights and Faith: A 'World-Wide-Secular Religion'?" **Ethics and Global Politics**, vol. 7, no. 4, 2014, ss. 181-200.

GROSS Leo. "The Peace of Westphalia, 1648-1948." **American Journal of International Law**, vol. 42, no. 1, 1948, ss. 20-41.

ISAAC Jeffrey C. "A New Guarantee on Earth: Hannah Arendt on Human Dignity and the Politics of Human Rights." **American Political Science Review**, vol. 90, no. 1, 1996, ss. 61-73.

KARDEŞ M. Ertan. **Schmitt'le Birlikte Schmitt'e Karşı**. 1. Baskı, İstanbul: İletişim, 2015.

KARDEŞ M. Ertan. **Yönsüzleşmiş Savaşlar**. 1. Baskı, İstanbul: Pinhan, 2019.

KERVEGAN Jean-François. "Carl Schmitt ve Dünya Birliği." **Carl Schmitt'in Meydan Okuması**, Editör: Chantal Mouffe, 1. Baskı, İletişim, 2019.

KOCHI Tarık. "The Partisan: Carl Schmitt and Terrorism." **Law and Critique**, vol. 17, no. 3, (2006a), ss. 267-295.

KOCHI Tarık. "Terror in the Name of Human Rights." **Melbourne Journal of International Law**, (2006b) 7(1), ss. 127-155.

KOSKENNIEMI Martti. "Carl Schmitt and International Law." **The Oxford Handbook of Carl Schmitt,** 2016.

KUNZ Josef L. "Bellum Justum and Bellum Legale." **American Journal of International Law**, vol. 45, no. 3, 1951, ss. 528-534.

MAIRET Gerard. "Padovalı Marsilius'dan Louis XIV'e Laik Devletin Doğuşu." **Devlet Kuramı,** editör: Cemal Bali Akal, Dost, 2013, ss. 215-245.

ÖZCAN Mehmet Tevfik. **Modern Toplum ve Hukuk Devleti: Hukuk Devletinin Toplumsal Koşullari Üzerine; Bir Deneme**. 2. Baskı, İstanbul: On Iki Levha Yayıncılık, 2008.

ÖZENÇ Berke. **Hukuk Devleti- Kökenleri ve Küreselleşme Çağındaki İşlevi**. 2. Baskı, İstanbul: İletişim, 2016.

PAYE Jean-Claude. **Hukuk Devletinin Sonu: Olağanüstü Hâlden Diktatörlüğe Terörle Mücadele,** (çev. Demet Lüküslü). 1. Baskı, Ankara: İmge kitabevi, 2009.

ROSENAU Henning. "Jakobs'un Düşman Ceza Hukuku Kavramı Hukukun Düşmanı." **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, vol. 57, no. 4, 2008, ss. 391-402.

RUNCIMAN David. **Politika,** (Çev. A. Ceren Altunkanat). 1. Baskı, İstanbul: Demingo, 2016.

SCHEUERMAN William E. **Carl Schmitt: The End of Law**. Rowman & Littlefield, 1999.

SCHMITT Carl. **The Concept of the Political: Expanded Edition**. (çev. George Schwab), London: University of Chicago Press, 2008.

SCHMITT Carl. **Die Tyrannei Der Werte**. 2. Baskı, Berlin: Duncker & Humblot, 1979.

SCHMITT Carl. **Die Wendung Zum Diskriminierenden Kriegsbegriff**. 3. Baskı, Duncker und Humblot, 2003.

SCHMITT Carl. **The Nomos of the Earth**. 1. Baskı, New York: Telos Press, 2006.

SCHMITT Carl. **Political Theology II: The Myth of the Closure of Any Political Theology**. John Wiley & Sons, 2014.

SCHMITT Carl. **The Theory of the Partisan**, (çev. A.C. Goodson). 1. Baskı, Michigan State University Press, 2004.

STEWART Eric ve Roy Ariel D. "Subjectification." **Encyclopedia of Critical Psychology**, 2014, ss. 1876-1880.

THOMSEN Jacob Als. "Carl Schmitt-the Hobbesian of the 20th Century?" **Social Thought & Research**, vol. 20, no. 1/2, 1997, ss. 5-28.

ULMEN G. L. "Translator's Introduction." **The Nomos of the Earth**, 1. Baskı, Telos Press Publishing, 2006.

VAN MUNSTER Rens. "The War on Terrorism: When the Exception Becomes the Rule." **International Journal for the Semiotics of Law**, vol. 17, no. 2, 2004, ss. 141-153.

VINX Lars. "Carl Schmitt." **Stanford Encyclopedia of Philosophy**, 2019. https://plato.stanford.edu/cgi-bin/encyclopedia/archinfo.cgi?entry=schmitt, (Erişim Tarihi: 10.08.2020)

WEBER Max. **From Max Weber: Essays in Sociology.** Ed. ve Çev. H.H. Gerth ve C. Wright Mills. New York: Galaxy Book, 1958.

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2021; 1: 559-613

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDA PİYASA DOLANDIRICILIĞI (MANİPÜLASYON)(*)

Uzman Hukukçu/Av. **Seçil ÇOŞKUN**(**)

Öz: Bu çalışmanın konusunu, sermaye piyasası suçları arasında yer alan piyasa dolandırıcılığı fiilinin (manipülasyon) Avrupa Birliği (AB) hukukundaki düzenleme şeklinin incelenmesi oluşturmaktadır. Sermaye piyasası araçlarının fiyatlarına, arz ve talebine manipülatif işlemler aracılığıyla dışarıdan müdahale edilmesi, yatırımcıların piyasaya karşı güvenini kaybetmelerine ve piyasanın işleyiş mekanizmasının bozulmasına yol açmaktadır. Bu çerçevede, ekonomik suç niteliğini haiz piyasa dolandırıcılığı, gerek ülkemizde gerek karşılaştırmalı hukukta yasal düzenlemeler ile yasaklanmıştır. Bu çalışmada AB mevzuatı kapsamında, piyasa dolandırıcılığı (manipülasyon) fiili, hukuka uygunluk nedenleri, bu fiili işleyen kişiler hakkında öngörülen idari ve cezai yaptırımlar, piyasa dolandırıcılığı fiiline ilişkin yaptırımları uygulayan yetkili otoritelerin rolü ve son olarak Türk Hukuku'nda düzenlenmeyen ancak piyasa dolandırıcılığı suçunun tespitini önemli ölçüde kolaylaştıran bir müessese olan muhbirlik (*whistleblowing*) sistemi incelenecektir. 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun (SPKn) piyasa dolandırıcılığı suçuna ilişkin 107'nci maddesinin düzenlenmesinde AB'nin 2003/6/EC sayılı Piyasanın Kötüye Kullanılması Direktifi esas alındığından bu çalışmanın Türk Hukuku'nda piyasa dolandırıcılığı fiiline ilişkin yasal düzenlemelere de farklı bir bakış açısı sağlayacağı kanaatindeyiz.

Anahtar Kelimeler: Sermaye Piyasası, Piyasanın Kötüye Kullanılması, Piyasa Dolandırıcılığı, Manipülasyon, Muhbirlik Sistemi.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 10.11.2020. Makale Kabul Tarihi: 28.01.2021.

(**) Sermaye Piyasası Kurulu, Hukuk İşleri Dairesi, Uzman Hukukçu (ORCID no: 0000-0001-9504-402X; *secil.coskun@spk.gov.tr*).

MARKET FRAUD (MANIPULATION) IN EUROPEAN UNION LAW

Abstract: The subject of this study is the examination of the type of regulation of the act of market fraud (manipulation), being one of the capital market crimes in the European Union (EU) law. Extraordinary intervention to the prices, supply and, demand for capital market instruments through manipulating transactions causes investors to lose their confidence in the market and to deteriorate the functioning mechanism of the market. Within this scope, market fraud, which possesses the characteristics of an economic crime, is prohibited by legal regulations both in our country and in comparative law. In this study, the act of market fraud (manipulation), justification, the administrative and criminal sanctions stipulated against the persons committing this act, the role of the competent authorities imposing sanctions on the act of manipulation within the scope of EU *acquis communautaire* and lastly, the whistleblowing system, an organization which is not regulated in Turkish Law but which significantly eases the detection of the crime of manipulation will be examined. Since the Directive 2003/6/EC on Market Abuse of EU is taken as basis in the regulation of article 107 of Capital Market Law (CML) numbered 6362 on the crime of market fraud, we believe that this study will provide a different perspective to the legal regulations regarding the act of market fraud in Turkish Law.

Keywords: Capital Markets, Market Abuse, Market Fraud, Market Manipulation, Whistleblowing System.

I. GENEL OLARAK MANİPÜLASYON

Doktrinde "manipülasyon/piyasa dolandırıcılığı"[1] kavramlarının üzerinde fikir birliği sağlanan tek bir tanım bulunmamaktadır[2]. Zira, sermaye piyasasının sürekli gelişen ve değişen dinamik bir alan olması nedeniyle, manipülatif işlemlerin belirli kalıplar ile sınırlandırılması mümkün değildir. Manipülatif davranış kalıpları, piyasadaki teknolojik gelişmeler ile birlikte sü-

---

[1] Çalışmamızın konusu olan "piyasa dolandırıcılığı suçu", 30/07/1981 tarih ve 17416 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 28/07/1981 tarih ve 2499 sayılı mülga Sermaye Piyasası Kanunu döneminde öğretide, "manipülasyon" suçu (2499 sayılı mülga SPKn md.47/A-2-3) olarak adlandırılmakta idi. 2499 sayılı SPKn, 30/12/2012 tarih ve 28513 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 06/12/2012 tarih ve 6362 sayılı SPKn ile yürürlükten kaldırılmış olup, Yeni Kanun döneminde "manipülasyon suçu" yerine "piyasa dolandırıcılığı" kavramı tercih edilmiştir. Bununla birlikte, 6362 sayılı SPKn'nin gerekçesinde "manipülasyon" kavramının piyasa dolandırıcılığı ifadesiyle birlikte eş anlamlı olarak kullanıldığı görülmektedir. Nitekim, bu çalışmada ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere AB düzenlemelerinde *"market manipulation"* kavramı kullanılmaktadır. Bu bağlamda, herhangi bir tereddüde yer verilmemesini teminen, çalışmamızda "manipülasyon" ile "piyasa dolandırıcılığı" kavramlarının eş kavramlar olarak kullanıldığını belirtmekte fayda bulunmaktadır.

[2] DURSUN Selman, **Sermaye Piyasasından Gerçeğe Aykırılıktan Doğan Suçlar**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2010, s. 261.

rekli değişiklik göstermekte ve sayıları gün geçtikçe artmaktadır. Dolayısıyla, "manipülasyon" kavramını tek bir tanım ile belirlemek oldukça güçtür. Tek bir tanım üzerinden bu kavramın belirlenmesi halinde, faillerin kanunu dolanmak amacıyla farklı işlem kalıpları üzerinden bu suçu gerçekleştirmesinin önü açılacak ve fiilin cezalandırılmaması tehlikesi ile karşı karşıya kalınacaktır.

Yukarıda açıklanan hususlar doğrultusunda, manipülasyon kavramına ilişkin kesin bir tanım yapılması tercih edilmemekle birlikte, bir fiil cezalandırılırken "suç ve cezaların kanuniliği" ilkesine uygun olarak manipülasyon tanımının sınırlarının belirlenmesinde fayda bulunmaktadır. Bu çerçevede, manipülasyona ilişkin yapılan tüm tanımların ortak noktası, yatırımcının, yatırım kararı alma sürecine dışarıdan bir müdahalede bulunulması ve adil, dürüst, şeffaflık ve güven ilkesi çerçevesinde işleyen bir piyasada arz ve talep dengesi içinde doğal yollardan oluşacak fiyatın yapay şekilde oluşumuna etki eden işlemlerin gerçekleştirilmesidir[3].

Bu temel unsurlardan yola çıkarak doktrinde çeşitli şekillerde "manipülasyon" tanımı yapılmıştır.[4] Bu tanımlar doğrultusunda genel olarak "manipülasyon", sermaye piyasasında arz ve talebin karşılaşması ile oluşan fiyata dışarıdan, olağan olmayan yollar ile müdahale etmek suretiyle sermaye piyasası araçlarının arz ve talebini, fiyatını doğrudan veya dolaylı olarak etkileyecek nitelikte alım, satım emri verme, işlem yapma, yalan, yanlış veya yanıltıcı nitelikte bilgi oluşturma, haber, yorum yapma, raporlama ve bunları yayma vb. mahiyetteki davranışlar olarak tanımlanabilir.

Sermaye piyasası araçlarının fiyatlarının, arz ve talebinin manipülatif işlemler aracılığıyla etkilenmesi, yatırımcıların piyasaya karşı güvenini kay-

---

[3] MANAVGAT Çağlar, **Sermaye Piyasasında İşleme Dayalı Manipülasyon ve Özel Hukuk Bakımından Sonuçları (İşleme Dayalı Manipülasyon)**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2008, s. 8; YÜCE Aydın Alber, "Sermaye Piyasasında Manipülasyon", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sa. 98, 2012, s.366.

[4] EVİK'e göre, manipülasyon, *"sermaye piyasasında işlem gören menkul kıymetlere ilişkin bilerek ve isteyerek, yatırımcıların yatırım kararlarını etkileyecek nitelikte yalan, yanlış, yanıltıcı tahmin veya açıklamalarda bulunarak menkul kıymetin fiyatının yönünü değiştirmeye veya yapay bir piyasa oluşturmak amacıyla olağandışı yollar ile menkul kıymet fiyatının yükselmesine, düşmesine yönelik işlemlerdir*", EVİK Ali Hakan, **Sermaye Piyasası Araçlarının Değerini Etkileyebilecek Aldatıcı Hareketler Yapma (Manipülasyon) Suçları**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004, s.77. Doktrinde ve karşılaştırmalı hukukta "manipülasyon" kavramına ilişkin yapılan diğer tanımlar için bkz. ÇOŞKUN Seçil, Sermaye Piyasası Hukukunda Piyasa Dolandırıcılığı Suçu (6362 Sayılı SPKn Md.107), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2020, s. 43-46.

betmelerine ve piyasanın etkin, istikrarlı, adil ve güvenilir işleyiş mekanizmasının bozulmasına yol açmaktadır. Bu çerçevede, piyasa dolandırıcılığı fiili gerek ülkemizde gerek karşılaştırmalı hukukta yasal düzenlemeler ile yasaklanmış ve yaptırıma bağlanmıştır.

Piyasa dolandırıcılığı fiilini yasaklayan ve müeyyide altına alan yasal düzenlemeler İngiltere'de 1861, Amerika Birleşik Devletleri'nde 1934 yılından bu yana mevcuttur. Avrupa Birliği'nde (AB) ise, 2000'li yılların başına kadar piyasa dolandırıcılığını (manipülasyon) yasaklayan düzenlemeler yapılmamıştır. Türk Hukukunda ise, ilk kez 2499 sayılı mülga SPKn 47/A-2-3 hükmünde düzenlenen "manipülasyon" suçu[5], bu Kanun'u yürürlükten kaldıran 6362 sayılı SPKn 107 hükmünde "piyasa dolandırıcılığı" adı altında, yeni unsurlar eklenmek suretiyle, AB düzenlemeleri ile uyumlu olarak daha geniş kapsamlı bir şekilde düzenlenmiştir. Piyasa dolandırıcılığı fiili, "ekonomik suç"[6] üst başlığı altında sermaye piyasası suçları arasında yer almakta olup, bu çalışmada Türk Hukukunda düzenlenen piyasa dolandırıcılığı suçundan bağımsız olarak, bizzat bu suçun 6362 sayılı SPKn'de düzenlenmesine kaynak teşkil eden AB'nin piyasanın kötüye kullanılmasına ilişkin düzenlemeleri incelenecektir.

---

[5] Mülga 2499 sayılı SPKn'nin 47/A bendinin ilk halinde sadece bilgi bazlı manipülasyon suçuna yer verilmiş olup işlem bazlı manipülasyon suçuna ilişkin bir hüküm anılan kanun maddesinde öngörülmemişti. İşlem bazlı manipülasyon suçu 13/05/1992 tarih ve 21227 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 29.04.1992 tarih ve 3794 sayılı Kanun md.34 uyarınca, 2499 sayılı mülga SPKn'nin 47'nci maddesinin (A) bendinde öngörülen değişiklik ile düzenlenmiştir, https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/21227.pdf (Erişim tarihi 12.2.2020).

[6] Doktrinde ekonomik suçun kriminolojik-sosyolojik ve ceza muhakemesi kuralları doğrultusunda tanımlanmasına yönelik yaklaşımlar eleştirilerek, hukuki menfaat esası doğrultusunda çeşitli şekillerde tanımlanmıştır. DÖNMEZER'e göre ekonomik suç, *"Ülkede geçerli ekonomi alt sisteminin kuralları çerçevesinde işlemesini engelleyen yani toplumun korunması gereken ekonomik yararlarına zarar veren veya bunları tehlikeye sokan ve bu sebeple yasaklanan eylemler*"dir, DÖNMEZER Sulhi, "Ön Tasarı Hakkında Genel Bilgi", **Ekonomik Suçlar ve Ceza Kanunu Ön Tasarısı Sempozyumu, 17-18 Nisan 1987**, s. 20; TİRYAKİ/GÜRSOY'a göre, *"Bir kişinin veya toplumun herhangi bir iktisadi menfaatinin ihlal edilmesi sonucu ortaya çıkan suçlar"* ekonomik suç olarak tanımlanmaktadır, TİRYAKİ Tercan/GÜRSOY Türker, "Ekonomik Suç Kavramı ve Sigortacılık Suçlarının Bu Açıdan Değerlendirilmesi", **Sayıştay Dergisi**, Ekim-Aralık 2004, S: 55, s.54; Bu suçlarda korunan hukuki menfaat, "*toplumda, mülkiyet hakkından bağımsız olarak ekonomik, sınai ve ticari hayatın güven içinde, serbest rekabet esaslarına uygun olarak işlenmesinin sağlanmasıdır.",* HAFIZOĞULLARI Zeki/ÖZEN Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar**, Ankara, 2012, s. 408. Buna karşın ekonomik suçun belirli bir tipiklik arz etmediği, değişik hukuki değerleri ihlal eden farklı nitelikteki suçlardan oluştuğu görüşüne ilişkin bkz. SANCAR Türkan, "Ekonomik Suç Gerçekliği Karşısında "Ekonomik Suç ve Ceza" Söylemi", **Çekler Hakkındaki 3167 Sayılı Kanunla İlgili Adalet Bakanlığı Taslağı ve Karşıt Görüşler Sempozyumu,** Ankara, 2002, s. 5.

AB'de manipülasyon fiilinin ilk kez düzenleme altına alındığı 2003/6/EC sayılı Piyasa'nın Kötüye Kullanılması Direktifi'nden önce AB üye ülkeleri düzenleyici otoritelerin ortak görüşünü ifade eden ve anılan Direktif'in düzenlenmesine temel teşkil eden 2000 tarihli FESCO Raporu hazırlanmıştır[7]. Bu kapsamda anılan Rapor'da, bilgi suiistimali, fiyata dayalı manipülasyon ve yanlış, yanıltıcı bilgi yaymak *"market abuse"* başlığı altında toplanmış ve bu fiiller "piyasanın kötüye kullanılması" olarak adlandırılmıştır[8].

FESCO Raporu'nda "manipülasyon" kavramı oldukça geniş kapsamlı ve objektif unsurlar esas alınarak tanımlanmıştır. Buna göre, sermaye piyasası araçlarının arz, talep (hacim) ve fiyatına ilişkin yanlış veya yanıltıcı izlenim veren ya da vermesi muhtemel, sermaye piyasası aracının fiyatı veya hacmi üzerinde yapay etkiler yaratan veya yaratması muhtemel işlemler ile kamuya henüz açıklanmamış bilgilerin suiistimal edilmesi, "piyasanın kötüye kullanılması" olarak kabul edilmiştir. Anılan Rapor'un 25'inci paragrafında, piyasanın kötüye kullanılması fiillerinin özel kast aranmaksızın failin sübjektif iradesinden arındırılarak düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu durum, AB düzenlemelerinde objektif sorumluluk ilkesinin egemen olduğu bir yaklaşımın ortaya çıkmasına neden olmuştur[9].

FESCO Raporu'ndan sonra, 28 Ocak 2003 tarihinde yürürlüğe giren 2003/6/EC Piyasanın Kötüye Kullanılması Direktifi (*Market Abuse Directive*/MAD) ile aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere, AB düzeyinde ilk defa hem içerden öğrenenlerin ticareti (*insider dealing*) hem de manipülasyon (*market manipulation*) fiilleri, "piyasanın kötüye kullanılması" *(market abuse)* üst başlığı altında bir arada düzenlenmiştir.

Bu çalışmada, AB düzenlemelerinde manipülasyon fiilinin düzenlenme şekli, bu fiile ilişkin hukuka uygunluk nedenleri, idari ve cezai yaptırımlar ile Türk hukukunda mevcut olmayan bir müessese olan "muhbirlik sistemi" (*whistleblowing)* incelenmiştir. 6362 sayılı SPKn'nin piyasa dolandırıcılığı suçuna ilişkin 107'nci maddesinin[10] düzenlenmesinde AB'nin 2003/6/EC

---

7 FESCO Raporu için bkz. https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/2015/11/99_096l.pdf (Erişim tarihi 8.11.2020).

8 BAYSAL İbrahim Onur, Sermaye Piyasasında Manipülasyon Suçu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011, s. 27.

9 MANAVGAT, **İşleme Dayalı Manipülasyon**, s. 13.

10 *"Piyasa dolandırıcılığı*

MADDE 107 - (1) Sermaye piyasası araçlarının fiyatlarına, fiyat değişimlerine, arz ve taleplerine ilişkin olarak yanlış veya yanıltıcı izlenim uyandırmak amacıyla alım veya satım yapan-

sayılı MAD esas alındığından bu çalışmanın Türk Hukuku'nda piyasa dolandırıcılığı fiiline ilişkin yasal düzenlemelere de farklı bir bakış açısı sağlayacağı kanaatindeyiz.

II. PİYASA DOLANDIRICILIĞINDA YASAKLANAN İŞLEMLER

1. 2003/6/EC Sayılı Piyasanın Kötüye Kullanılması Direktifi (*Market Abuse Directive*)

AB'ye üye ülkelerin sermaye piyasalarına ilişkin düzenlemelerindeki karmaşık ve bütünlük içermeyen yapının değiştirilmesi amacıyla, AB sermaye piyasasının tek bir pazar olarak bütünleyici ve standardize edilmiş kurallar ile yeniden yapılandırılmasını içeren rapor, Alexandre Lamfalussy'nin başkanlığında, Bilge İnsanlar Komitesi (*The Committee of Wise Man*) tarafından 2001 yılında hazırlanmıştır[11]. *"Lamfalussy Raporu"* olarak adlandırılan bu raporda, 4 aşamalı bir yaklaşım önerilmiştir[12].

Buna göre;

- Birinci aşama; AB mevzuatının çerçevesinin belirlenmesi ve bu düzenlemelere AB Parlamentosu'nun, AB Konseyi'nin ve AB Komisyonu'nun dahil olmasıdır.
- İkinci aşama; AB Komisyonu tarafından, AB Menkul Kıymetler Komitesi'ne danışıldıktan sonra, AB Menkul Kıymet Düzenleyicileri Komisyonu'ndan teknik önlemlerin alınmasına ilişkin talepte bulunmaktır.
- Üçüncü aşama; AB Menkul Kıymet Düzenleyicileri Komisyonu'nun uygulamada birliği sağlamak amacıyla tutarlı bir rehber ve ortak standartlar oluşturması, birbiriyle tutarlı tavsiyelerde bulunması ve düzenleyici otoriteler arasında işbirliğinin sağlanmasıdır.

---

lar, emir verenler, emir iptal edenler, emir değiştirenler veya hesap hareketleri gerçekleştirenler üç yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin günden on bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılırlar. Ancak, bu suçtan dolayı verilecek olan adli para cezasının miktarı, suçun işlenmesi ile elde edilen menfaatten az olamaz. (2) (Değişik: 27/3/2015-6637/11 md.) Sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkilemek amacıyla yalan, yanlış veya yanıltıcı bilgi veren, söylenti çıkaran, haber veren, yorum yapan veya rapor hazırlayan ya da bunları yayan ve bu suretle menfaat sağlayanlar üç yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılırlar..."

[11] Anılan Rapor için bkz. https://www.esma.europa.eu/document/lamfalussy-report (Erişim tarihi 6.8.2020).

[12] KARACAN Ali İhsan, **Sermaye Piyasası Hukuku Yazılar**, C. I, Legal Yayınları, İstanbul, 2017, s. 469-470.

- Dördüncü aşama ise; üye ülkelerin AB hukukunda öngörülen düzenlemeleri iç hukuklarına aktarmaları, Komisyon'un düzenlemelerin üye ülkeler nezdinde uygulanıp uygulanmadığı hususunu denetlemesi ve bu konuda yasal önlem almasıdır.

Bu çerçevede, 2003/6/EC sayılı MAD[13], "*Lamfalussy Raporu"*nda belirtilen birinci aşama kapsamında yapılan bir düzenlemedir. Sermaye piyasası odaklı bir yaklaşımı benimseyen 2003/6/EC sayılı MAD uyarınca, AB düzeyinde ilk defa hem içerden öğrenenlerin ticareti hem de manipülasyon fiilleri "piyasanın kötüye kullanılması" *(market abuse)* üst başlığı altında bir arada düzenlenmiştir[14]. 2003/6/EC sayılı MAD'da piyasanın kötüye kullanılmasına ilişkin getirilen hükümler çerçeve niteliğinde olup ikincil düzenlemeler ile bu konuda ayrıntılı hükümler ihdas edilmiştir. Nitekim, MAD'da yer verilen içerden öğrenenlerin ticareti ve piyasa dolandırıcılığı tanımı doğrultusunda, MAD'ın uygulanmasına ilişkin esaslar 2003/124 sayılı Uygulama Direktifi'nde ayrıntılı olarak belirlenmiştir[15]. Ayrıca, AB Menkul Kıymet Düzenleyici Komitesi, piyasanın kötüye kullanılmasında uygulanacak birinci ve ikinci seviyedeki önlemlere ilişkin uygulamalarda teklik sağlanması bakımından temel ilkeler yayımlamıştır[16].

*"Lamfalussy Raporu"*nda da belirtildiği üzere, AB sermaye piyasasında 2000'li yılların başında, üye ülkeler nezdinde piyasanın kötüye kullanılmasına ilişkin standardize edilmiş ortak bir düzenleme bulunmamaktaydı. Bu durum, Avrupa sermaye piyasalarında rekabeti bozucu bir etki yaratmaktaydı[17]. Sermaye piyasalarında gerçekleştirilen piyasa dolandırıcılığı sınır ötesi bir etkiyi haiz olduğundan, piyasa dolandırıcılığına ilişkin düzenlemelerin farklılık arz etmesi, anılan hukuka aykırı fiil üzerindeki denetimi de zorlaştırmaktadır.

Ayrıca, sermaye piyasası araçlarındaki çeşitliliğin artması, sermaye piyasasının dinamik yapısı nedeniyle teknolojinin gelişmesi piyasa dolandırı-

---

13 https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003L0006&from=en (Erişim tarihi 6.8.2020).

14 MANAVGAT, **İşleme Dayalı Manipülasyon**, s. 36.

15 https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003L0124&from=EN (Erişim tarihi: 6.8.2020).

16 ÇETİN Nusret, "Market Abuse Regime in Turkey", **Journal of Banking Regulation**, Vol. 12, 2011, s. 228.

17 AYDIN Zeynep, Sermaye Piyasası Hukukunda Manipülasyonlara İlişkin Müeyyideler, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006, s. 39.

cılığında yeni yöntemlerin kullanılmasına yol açmakta ve bu durum piyasaların dürüst, güvenilir ve şeffaf şekilde işlemesine engel teşkil etmektedir. Nitekim, piyasanın kötüye kullanılması fiilinin yasaklanma amacı MAD'ın "Başlangıç" (*Recitals*) kısmında, sermaye piyasasının dürüstlük içinde işlemesini sağlamak ve yatırımcıların güvenini tesis etmek olarak belirtilmiştir[18].

2003/6/EC sayılı MAD incelendiğinde, sermaye piyasasının şeffaflığı ilkesi doğrultusunda yatırımcıların "tam ve doğru şekilde bilgilendirilmesi" ilkesi göz önünde bulundurularak manipülasyona ilişkin hükümlerin düzenlendiği ve anılan Direktif'te yatırımcılar tarafından sermaye piyasası araçlarına ilişkin verilen alım satım emirlerinin yoğunluğunun esas alındığı anlaşılmaktadır[19].

Yukarıda açıklanan hususlar doğrultusunda, 2003/6/EC sayılı MAD, piyasa dolandırıcılığına ilişkin olarak, üye ülkeler nezdinde standardize edilmiş ve ortak kurallara bağlanan bir yapı meydana getirmesi[20] bakımından oldukça önem arz etmektedir. Zira, hem içerden öğrenenlerin ticareti hem de piyasa dolandırıcılığı fiilleri, sermaye piyasalarında yatırımcılar arasında bilgi asimetrisine neden olmakta ve piyasada sermaye piyasası aracı fiyatlarının dürüst bir şekilde oluşmasına engel teşkil etmektedir. Anılan iki fiilin, piyasanın kötüye kullanılması başlığı altında birleştirilmesi, düzenleyici otoritelerin bu fiillerle mücadelesini bütünleyici bir yaklaşımla ele almasını sağlamaktadır.

2003/6/EC sayılı MAD, işleme ve bilgiye dayalı manipülasyon olmak üzere iki tür manipülatif fiili düzenlemektedir[21]:

- MAD art.1/2(a) ve (b) hükümleri uyarınca, işlem bazlı manipülasyon, fiyat manipülasyonu ya da diğer yanıltıcı ve hileli olgulara dayanan emir ve işlemler olmak üzere iki türdür. Buna göre fiyat manipülasyonu; fail ya da faille birlikte hareket edenler vasıtasıyla sermaye piyasası aracının fiyatının olağanüstü veya yapay şekilde oluşmasını sağlayan veya sermaye pi-

---

18 KARACAN, s. 471; VEIL Redüger, **European Capital Markets Law**, Second Edition, Oxford and Portland, Oregon, 2017, s. 227.

19 TURANBOY Asuman, "6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'a Tabi Halka Açık Bankalar Bakımından Piyasa Dolandırıcılığı ve Bilgi Suistimali Suçları", **Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 60. Yıl Sempozyumu**, Aralık, 2015, s. 207.

20 VEIL, s. 227.

21 ÇETİN, s. 229.

yasası aracının fiyatını, arz ve talebini etkileyen/etkileyebilecek yanlış veya yanıltıcı işaretler, emirler veya işlemler olarak tanımlanmıştır[22]. Yanıltıcı veya yapay işlemler ise, uydurma veya hilenin başka bir görünümü olarak kullanılan işlemler olarak tanımlanmaktadır[23].

- MAD art.1/2-(c) bendi uyarınca, bilgi bazlı manipülasyon, bilginin yanlış ya da yanıltıcı olduğunu bilen ya da bilebilecek durumda olan kişilerin internet dahil medya yoluyla yanlış veya yanıltıcı haberlerin veya söylentilerin yayılmasını da kapsayacak şekilde sermaye piyasası araçlarına ilişkin olarak yanlış veya yanıltıcı sinyaller vermesi olarak tanımlanmaktadır[24].

Bu noktada önem arz eden husus, anılan Direktif basın özgürlüğü kapsamında gerçekleştirilen faaliyetlere özel bir koruma getirmiştir. 2003/6/EC sayılı MAD art.1/2-(c) hükmü uyarınca, basın mensupları tarafından görevleri gereği elde ettikleri tespit edilen bir bilginin yayılması, anılan fiilden doğrudan ya da dolaylı olarak bir avantaj ya da menfaat elde etmedikleri sürece, basın özgürlüğü kapsamında değerlendirilmektedir.

Diğer yandan, MAD art.1 hükmünde işlem bazlı ve bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığına ilişkin tipik fiiller örnek kabilinden düzenlenmiştir. Bir kişinin ya da bu kişiyle birlikte hareket eden kişilerin, piyasa koşullarında eşitsizlik yaratacak şekilde veya doğrudan veya dolaylı olarak alım-satım fiyatlarını etkileyecek şekilde, sermaye piyasası aracının arz veya talebi üzerinde hakim pozisyon kurması, borsa kapanış fiyatını[25] esas alarak işlem yapan yatırımcıların yanlış yönlendirilmesine neden olacak şekilde kapanış fiyatı üzerinden sermaye piyasası aracının alım veya satımının gerçekleştirilmesi, Direktif'te piyasa dolandırıcılığına ilişkin olarak örnek kabilinden yer verilen fiillerdendir.

Nitekim, MAD'ın uygulama esaslarını düzenleyen 2003/124 sayılı Direktif'in 4'üncü maddesi uyarınca, manipülasyonun diğer unsurlarıyla birlik-

---

[22] ŞENSOY Deniz, "Manipülasyon: Piyasa Dolandırıcılığı Suçu, Uygulanacak Tedbirler ve Yaptırımlar", **Ankara Barosu Dergisi**, Sa.3, 2013, s. 383.

[23] AVGOULEAS Emilios, **The Mechanics and Regulation of Market Abuse: A legal and Economic Analysis,** Oxford University Press, 2005, s. 277.

[24] ÇETİN, s. 230.

[25] Kapanış fiyatı, borsada bir seansta kayda alınan en son işlemin fiyatı olarak tanımlanmaktadır, ÖZÇOMAK Suphi/GÜNDÜZ Murat, "Borsa İstanbul'da İşlem Gören Şirketlerin Kapanış Fiyatları ile İşlem Miktarları Arasındaki İlişkinin Fonksiyonel Kanonik Korelasyon ile Analizi", **International Journal of Economic and Administrative Studies,** Yıl.7, No.13, 2014, s. 240.

te değerlendirilmek suretiyle, manipülasyonun varlığına emare teşkil edebilecek fiiller örnek kabilinden düzenlenmiştir. Anılan Direktif'te yatırımcıların günlük işlem hacmi ve "*short selling*" olarak adlandırılan açığa satışlar piyasa dolandırıcılığı fiilinin tespitinde önem arz etmektedir[26]. Açığa satış gerçekleştiren yatırımcılar, ilgili menkul kıymetin fiyatının düşeceği beklentisi ile hareket etmekte ve yüksek olduğunu düşündükleri fiyat seviyesinden, mülkiyetlerinde bulunmayan ilgili menkul kıymeti ödünç almak suretiyle satış yapmaktadırlar. Takas zamanında ise, ilgili menkul kıymeti daha düşük fiyattan satın alıp ödünç aldıkları kişiye geri vermekte ve aradaki fiyat farkı karlarını oluşturmaktadır. Dolayısıyla, açığa satış, ileride fiyat düşüşü olacağı beklentisiyle ödünç alınan menkul kıymetin satılması işlemidir[27].

Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki, açığa satış, kural olarak yasal bir yöntemdir. Bu işlemde, açığa satış yatırımcısı, henüz elinde bulundurmadığı payın fiyatının piyasada oluşan gerçek fiyatın üzerinde olduğu ve kısa zamanda bu fiyatın düşeceği varsayımı altında ödünç aldıkları payları satışa çıkardıklarından manipülasyona maruz kalmaktadırlar. Manipülatörlerin gerçekleştirdiği işlemler nedeniyle pay piyasasında fiyatlar yükseldiğinden, açığa satış yapan yatırımcıların ödünç aldıkları sermaye piyasası aracını düşük fiyattan alması mümkün olmadığından, pay fiyatının kontrolünü ele geçiren manipülatörler, açığa satış yapan yatırımcıları yükselttikleri fiyat doğrultusunda alım yapmaya zorlayarak kazanç elde etmekte ve yatırımcıların zarar etmesine neden olmaktadır[28].

Diğer yandan, 2003/6/EC sayılı MAD hükümleri uyarınca, aşağıda MAR hükümleri incelenirken ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere, kabul edilmiş piyasa uygulamaları (*accepted market practices*), geri alım programları (*buy back programmes*) ve fiyat istikrarı (*price stabilization*) işlemleri hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmiş olup anılan işlemler piyasa dolandırıcılığı kapsamında sayılmamaktadır[29].

---

26 TURANBOY, s.207.

27 Ayrıntılı bilgi için bkz. KARABACAK Serkan, Açığa Satış İşlemleri, Sermaye Piyasası Kurulu Yeterlik Etüdü, İstanbul, 2002, s.1, http://www.spk.gov.tr/SiteApps/Yayin/YayinGoster/429 (Erişim tarihi: 20.1.2020).

28 KAMIŞLI Melik, İşlem Bazlı Manipülasyonun Finansal Oranlarla Belirlenmesi İstanbul Menkul Kıymetler Borsasında İstatistiksel Sınıflandırma Analizleriyle Bir Uygulama, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Eskişehir, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008, s. 21.

29 Ayrıntılı bilgi için bkz. BAYSAL, s. 94-95, dn.273-276.

Önemle belirtmek gerekir ki, piyasa dolandırıcılığı fiili, borsada yasal görünümlü işlemler ile gerçekleştirildiğinden, failin kastını ispat etmek oldukça güçtür. Bu nedenle, 2003/6/EC sayılı MAD incelendiğinde, işlem bazlı ve bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı fiillerine ilişkin olarak kasıt unsurunun öngörülmediği, piyasanın manipülatif işlemlerden etkilenme ihtimalinin dahi yaptırıma bağlandığı görülmektedir. Bu kapsamda, 2003/6/EC sayılı MAD'da objektif sorumluluk benzeri bir yaklaşımın benimsendiği düşünülebilir.

Bununla birlikte, aşağıda "IV." Numaralı başlık altında ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere, anılan Direktif'te piyasa dolandırıcılığına ilişkin doğrudan uygulanacak bir cezai yaptırım öngörülmemektedir. Bir başka deyişle, anılan Direktif'teki hükümlere aykırı davranılması halinde, üye ülkelerin iç hukuklarına dayanarak cezai yaptırım uygulama yetkisi ihtiyari olup, idari yaptırım ve tedbir uygulanması da mümkündür. Dolayısıyla, piyasa dolandırıcılığının idari yaptırıma bağlanması için "kasıt" unsuru şart değildir. Bununla birlikte, aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere 2014/57 sayılı CSMAD uyarınca piyasa dolandırıcılığı fiilinin "piyasayı etkilemek/yanıltmak amacıyla gerçekleştirilmesi" şeklindeki manevi unsur cezai yaptırımların uygulanması bakımından ön koşuldur.

Son olarak belirtmek gerekir ki, anılan direktif uyarınca piyasa dolandırıcılığı nedeniyle yürütülen bir ceza yargılamasında, fail tarafından manipülatif işlemler sonucu elde edilen bir kazanç var ise, yargılamanın sonuna kadar bu kazancın dondurulacağı düzenleme altına alınmış olup fail hakkında mahkumiyet kararı verilmesi halinde ise bu gelire el konulmasına karar verilmektedir[30].

---

[30] Türk hukukunda kazanç müsaderesinin manipülasyon fiili bakımından uygulanmaması eleştirilmiştir. MANAVGAT'a göre, manipülasyon suçunu işleyen kişi hakkında mahkumiyet kararı verilmesi halinde, manipülasyon nedeniyle elde edilen gelirin veya bunun yerine elde edilen menfaatin mahkeme kararıyla müsaderesi edilmesi ve müsadere edilen tutarın da yine manipülasyondan zarar gören yatırımcılara dağıtılması gerekmektedir, Anılan eleştiri için bkz. MANAVGAT Çağlar, "Sermaye Piyasasında Güncel Sorunlara Hukuki Çözüm Önerileri", **II. Sermaye Piyasaları Arenası, Avrupa Birliğine Doğru Türk Sermaye Piyasasında Sorunlar ve Çözümler,** 2004, s.164-165. Türk hukukunda SPKn'nun 107'nci maddesinde düzenlenen piyasa dolandırıcılığı suçu bakımından, uygulamada yargı mercileri tarafından 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 55'inci maddesinde düzenlenen "kazanç müsaderesi" tedbiri uygulanmamaktadır. Zira, TCK'nın 55'inci maddesinin son cümlesi uyarınca, müsadere kararı verilebilmesi için maddi menfaatin suçun mağduruna iade edilememesi gerekmektedir. Bununla birlikte, doktrinde piyasa dolandırıcılığı suçunun mağdurlarının Kurul tarafından tespit edilebileceği, bu nedenle anılan suçun kazanç müsaderesinin uygulanmasına elverişli olduğu ileri sürülmektedir; HONDU ACAR Esra, Sermaye Piyasası Kanunu Bakımından Kazanç Müsaderesi, SPK Yeterlik Etüdü, Ankara, 2005, s.41, http://www.spk.gov.tr/SiteApps/Yayin/YayinGoster/380 (Erişim Tarihi 18.12.2018); Aynı yönde görüş için bkz. ŞENSOY, s. 396. Zira Borsa'da gerçekleştirilen işlemlerin hem aracı kurum nezdinde hem de sermaye piyasası

2. 596/2014 Sayılı Piyasanın Kötüye Kullanılması Tüzüğü (*Market Abuse Regulation*)

A. Genel Olarak

Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, 2003/6/EC sayılı MAD, AB sermaye piyasasının bütünlüğünü garanti altına almak ve yatırımcıların piyasalara olan güvenini yükseltmek amacıyla, piyasa dolandırıcılığının da dahil olduğu piyasanın kötüye kullanılması fiillerini yasaklamıştır. Anılan Direktif, üye ülkeler arasında mevzuat farklılıklarını tek bir çatı altında toplamak ve yetkili otoriteler arasında etkin bir işbirliği sağlamak amacıyla düzenlenmiştir.

Bununla birlikte, MAD'ın yürürlüğe girmesinden sonra sadece borsada değil tezgahüstü piyasalarda da yatırımcıların işlem yapmaya başlaması, finansal piyasaların zaman içinde teknolojik gelişmelerle birlikte büyük bir dönüşüme uğraması ile birlikte türev araçlara rağbetin artması nedenleriyle MAD hükümlerinin sermaye piyasalarının ihtiyaçlarına cevap veremediği ve yetersiz kaldığı anlaşılmıştır[31].

Ayrıca, 2003/6/EC sayılı MAD'ın yürürlükte olduğu dönemde, üye ülkeler tarafından MAD hükümlerine uyum sağlamak amacıyla yeknesak yaptırımlar uygulanmamış ve piyasa dolandırıcılığı fiilini işleyen kişiler hakkında uygulanan hapis cezalarının süresi ya da idari para cezalarının miktarı da ülkeden ülkeye değişiklik göstermiştir.

Bu kapsamda, 25 Şubat 2009 tarihinde AB'de finansal gözetime ilişkin sorunları tespit etmek ve önerilerde bulunmak amacıyla "De Larosière Raporu" (*The High Level Group on Financial Supervision in EU*) yayımlanmıştır[32]. Anılan Rapor'da, üye ülkelerin piyasanın kötüye kullanılması eylemlerine karşı uyguladığı yaptırımların yeknesak olmadığı, AB sermaye

---

aracına ilişkin işlem emrinin verildiği hesap numarası ve yatırımcı bazında izlenmesi mümkündür. Bu durumda suçtan elde edilen haksız kazancın müsaderesi uygulama alanı bulamayacaktır. Bununla birlikte, piyasa dolandırıcılığı suçunda mağdurun belirsiz olduğunun kabul edilmesi halinde, bu suç bakımından da TCK md.55/1 hükmünde düzenlenen müsadere tedbiri uygulanabilecektir, ÇOŞKUN, s. 217.

31 AKSOY Zeki, **Türk Sermaye Piyasası Hukukunda İçerden Öğrenenlerin Ticareti Suçu**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 69; Bu yaklaşımın temelsiz olduğu eleştirisi için bkz. MOLONEY Niamh, **EU Securities and Financial Markets Regulation**, Oxford University Press, 2016, s.762.

32 The High Level Group on Financial Supervision in EU, Chaired By Jacques De Larosière, 2009, https://ec.europa.eu/economy_finance/publications/pages/publication14527_en.pdf, (Erişim tarihi 26.8.2019).

piyasasında bütünlüğün sağlanmasını teminen sermaye piyasası suçlarına ilişkin uygulanacak yaptırımların caydırıcı olması gerektiği, sermaye piyasalarına ilişkin düzenleme ve denetleme görevini haiz yetkili otoritelerin bu suçların tespitine yönelik etkin bir denetim mekanizması oluşturması gerektiği yönünde değerlendirmelerde bulunulmuştur.

Ayrıca, AB Komisyonu tarafından, uygulayıcıların 2003/6/EC sayılı MAD'ı etkin bir şekilde uygulamaması, MAD'da sadece düzenlenmiş (organize) piyasalardaki sermaye piyasası araçlarına ilişkin piyasanın kötüye kullanılması fiilinin düzenlenmesi, borsa dışı tezgahüstü piyasalarda işlem gören sermaye piyasası araçlarının Direktif'te dikkate alınmaması hususlarının hukuki boşluğa neden olduğu, anılan hukuki boşluğun da Direktif'in etkin bir şekilde uygulanmasının önüne geçtiği belirtilmiştir[33].

Bu kapsamda, anılan sorunların giderilmesini teminen, AB üye ülkelerinin tümünde geçerli olan 596/2014 sayılı Piyasanın Kötüye Kullanılması Tüzüğü[34] (*Market Abuse Regulation*, MAR) 12/06/2014 tarih ve L173/1 sayılı AB Resmi Gazetesi'nde yayımlanmış ve 3 Temmuz 2016 tarihinden itibaren uygulanmaya başlanmıştır. Anılan Tüzük ile birlikte 2003/6/EC sayılı MAD yürürlükten kaldırılmıştır.

Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki, MAD'dan farklı olarak 596/2014 sayılı MAR, AB'ye üye tüm ülkeler için bağlayıcı ve doğrudan uygulanabilir niteliktedir[35]. Böylece, MAD hükümlerinin üye ülkelerde harmonize şekilde uygulanmaması sorunu, MAR ile birlikte çözüme kavuşturulmuştur. MAR'ın düzenlenme amacı, piyasa dolandırıcılığının da dahil olduğu piyasanın kötüye kullanılması fiillerinin önlenmesi, tespiti ve bu fiili işleyenler hakkında yaptırım uygulanmasına ilişkin olarak AB mevzuatının güçlü ve uyumlu bir hale getirilmesidir.

MAR, temel olarak MAD ile aynı düzenleme amacını taşımakla birlikte, MAD hükümlerinden farklı olarak, gelişen teknoloji karşısında organize

---

33 AKSOY, s. 70.

34 https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014R0596&from=EN (Erişim tarihi 26.8.2019).

35 VEIL, s. 228; FAURE Michael G./LEGER Claire, "The Directive on Criminal Sanctions for Market Abuse: A Move Towards Harmonizing Insıder Trading Criminal Law at the EU Level?", **Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law,** Vol: 9, Issue: 2, 2015, s.397, https://pdfs.semanticscholar.org/2324/5ef8a0bc43ae9195d79b92912394cfdd04fa.pdf?_ga=2.182787814.1110904421.1570618620-1037214612.1570618620 (Erişim tarihi 9.10.2019).

piyasalar dışında işlem gören finansal araçlar üzerinde (türev araçlar dahil) gerçekleştirilen fiiller açısından bir sınırlama getirmemiştir[36]. Bir başka deyişle, MAR'ın kapsamına, 2003/6/EC sayılı MAD art.1 hükmü uyarınca organize piyasalarda işlem gören finansal araçların yanı sıra, organize olmayan piyasalarda da işlem gören finansal araçlar girmektedir[37,38]. Buna göre; a) finansal araçlar (dönüştürülebilir menkul kıymetler, para piyasası araçları, kollektif yatırım kuruluşları bünyesinde toplanan fon, finansal araçların dayanak varlık olduğu türev araç sözleşmeleri, emtiaya dayalı türev araç sözleşmeleri; b) spot emtia sözleşmeleri; c) sera gazı emisyon tahsisine dayalı ürünler piyasa dolandırıcılığına konu olabilmektedir[39].

Bu çerçevede, MAR art.2/1-(b) ve (c) hükümleri uyarınca çoklu sistem ile takas imkanı sağlayan ticaret aracı (*Multilateral Trading Facility*-MTF) ve organize ticaret aracı (*Organised Trading Facility*-OTF)[40] ile spot piyasalarda işlem gören emtia ürünler ve tüm enerji ürünlerinin konu edilebildiği finansal araç türü olan emisyonlar da Tüzük kapsamına alınmıştır. Böylece, üzerinde piyasa dolandırıcılığı gerçekleştirilebilecek finansal araçlar arasında emtialar ve emisyonlar da bulunmaktadır[41].

---

36 https://www.esma.europa.eu/regulation/trading/market-abuse (Erişim tarihi 26.8.2019); MOLONEY Niamh/ FERRAN Eilis/ PAYNE Jennifer, **The Oxford Handbook of Financial Regulation,** 2015, s. 646.

37 Bu konuda ayrıntılı açıklama içim bkz. 596/2014/EU sayılı MAR Başlangıç Hükmü 8.

38 https://www.esma.europa.eu/regulation/trading/market-abuse (26.8.2019).

39 KLEPITSKIJ Ivan, "Market Manipulation in Russia and in Europe: The Criminal Law Dimension", **Russion Law Journal,** Vol. IV, Issue 3, 2016, s.122, https://www.russianlawjournal.org/jour/article/view/181# (Erişim tarihi 9.10.2019).

40 2014/65/EU sayılı Finansal Araç Piyasaları Direktifi (*Markets in Financial Instruments Directive,* MİFID II) art.4 hükmü uyarınca, yatırım firması veya piyasa işletici tarafından yürütülen, sistem içinde ve emredici düzenlemelere uygun olarak, finansal araçlarda çoklu üçüncü taraf alım ve satımını bir araya getiren çok yönlü bir sistem olarak MTF tanımlanmıştır. Bir başka deyişle, MTF, borsa gibi organize piyasalarda işlem görmeyen çeşitli finansal araçların çok taraflı alım satımında takas kolaylığı sağlamaktadır. Anılan hükümde OTF ise, Direktifin "II" numaralı başlığı altında tanımlanan sözleşme ile sonuçlanacak şekilde, türev araçlar, emisyon tahsisi, yapılandırılmış finansal ürünler ve tahvillerin çoklu üçüncü taraf alım satımının, zorunlu kurallara bağlı olmayan sistemin içinde etkileşime girebildiği, MTF veya düzenleyici piyasa olmayan çok yönlü sistem olarak tanımlanmıştır. Türk Hukuku'nda OTF ve MTF'ler bulunmamaktadır.

41 Türk hukukunda, piyasa dolandırıcılığı suçunun düzenlendiği 6362 sayılı SPKn 107 hükmünde, suçun konusu sermaye piyasası araçları olup, sermaye piyasası araçları dışındaki finansal varlıklar üzerinde işlenen piyasa dolandırıcılığı fiilleri hükmün kapsamına girmemekte olup, sermaye piyasası araçları dışındaki finansal araçlar üzerinde gerçekleştirilen manipülatif işlemler SPKn'da cezai yaptırıma bağlanmamıştır. 6362 sayılı SPKn 3/1-(ş) bendinde sermaye piyasası aracı *"menkul kıymetler ve türev araçlar ile yatırım sözleşmeleri de dâhil olmak üzere Kurulca bu kapsamda olduğu belirlenen diğer sermaye piyasası araçları"* olarak tanımlanmaktadır.

Küreselleşen sermaye piyasaları karşısında, ülke sınırlarının ötesinde borsa dışı platformlar dahil tüm finansal araçlar üzerinde yatırımcıların işlem gerçekleştirebiliyor olması, yatırımcıların gelişen piyasalar karşısında suistimallere daha açık hale gelmesine neden olmuştur. Bu kapsamda, sınır ötesi sermaye piyasalarında borsa ve borsa dışı çeşitli platformlardan işlem gerçekleştiren yatırımcıların daha güçlü bir şekilde korunması ve yeni suiistimallerin önüne geçilmesini teminen, MAR hükümleri borsa dışı platformlarda işlem gören türev araçlar dahil tüm sermaye piyasası araçlarını kapsayacak şekilde düzenlenmiştir.

Çalışmanın bu bölümünde öncelikle, MAR hükümleri uyarınca yasaklanan piyasa dolandırıcılığı fiilleri ile piyasa dolandırıcılığı kapsamında sayılmayan "güvenli liman kuralları" incelenecek olup daha sonra MAR hükümleri ile yasaklanan piyasa dolandırıcılığına ilişkin cezai yaptırımların düzenlendiği 12/06/2014 tarih ve L173/179 sayılı AB Resmi Gazetesi'nde yayımlanan 2014/57/EU sayılı CSMAD'ın ilgili hükümleri değerlendirilecektir.

B. 596/2014 Sayılı Piyasanın Kötüye Kullanılması Tüzüğü (MAR) Uyarınca Yasaklanan Piyasa Dolandırıcılığı Fiilleri

MAR art.12/1 hükmü uyarınca, işleme dayalı (*transaction-based information*), bilgiye dayalı (*information-based manipulation*), referans değere (*benchmark*) dayalı piyasa dolandırıcılığı ve diğer şekillerde piyasa dolandırıcılığı (*other forms of manipulation*) olmak üzere dört tür piyasa dolandırıcılığı düzenlenmiştir[42].

a. İşlem Bazlı Piyasa Dolandırıcılığı

MAR art.12/1-(a) uyarınca işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı;

- Finansal araçların, emisyona dayalı ürünlerin ya da emtia sözleşmeleriyle ilgili finansal araçların fiyatına, arz ve talebine ilişkin yanlış veya yanıltıcı izlenim veren veya vermesi muhtemel işlemler yapmak, emirler girmek veya diğer davranışlarda bulunmak

veya

[42] Türk Hukukunda, piyasa dolandırıcılığı suçu işleme (SPKn md.107/1) ve bilgiye dayalı (SPKn md.107/2) olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

- Bir ya da birden fazla finansal aracın, emisyona dayalı ürünlerin veya emtia sözleşmeleriyle ilgili finansal araçların fiyatını yapay veya olağandışı seviyede tutan veya tutması muhtemel işlemler yapmak, emirler girmek veya diğer davranışlarda bulunmak

şeklinde iki başlık altında toplanmaktadır.

Görüldüğü üzere, bir fiilin piyasa dolandırıcılığı olarak kabul edilmesi için, kasıt unsuru aranmamakta olup ayrıca bu fiili işleyen kişinin ihlal nedeniyle bir menfaat temin etmesi veya zarardan kaçınması da gerekmemektedir[43].

Ayrıca, MAR art.12/1-(a)-(i) alt bendi incelendiğinde, üzerinde piyasa dolandırıcılığı gerçekleştirilen finansal aracın fiyatının veya arz ve talebinin yapay seviyede tutulacağı asgari bir sürenin bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bir başka deyişle, ilgili finansal aracın fiyatını, arz veya talebini çok kısa süreliğine bile olsa yapay veya olağan dışı seviyede tutan işlemler gerçekleştirmek veya emirler girmek, maddede sayılan diğer şartların varlığı halinde piyasa dolandırıcılığı fiiline vücut verecektir.

Yukarıda yer verilen mevzuat hükümleri incelendiğinde, MAR 12 hükmünün işlem bazlı piyasa dolandırıcılığını geniş bir şekilde tanımladığı görülmektedir. Bu kapsamda, MAR'ın 1 numaralı ekinde yer alan A başlığı altında, finansal araçların fiyatını etkileyebilecek, yanlış veya yanıltıcı izlenim uyandırabilecek manipülatif davranışlara ilişkin emarelere yer verilmiştir. Bu emareler, tek başına bir fiilin piyasa dolandırıcılığı kapsamında olduğunu belirlemede yeterli olmamakla birlikte, yetkili otoritelerin, piyasa aktörlerinin işlem veya emirlerini değerlendirirken dikkate alabileceği gösterge niteliğini taşımaktadır.

Buna göre, ilgili finansal aracın veya emisyona dayalı ürünlerin ya da emtia sözleşmesine ilişkin finansal aracın fiyatında önemli değişikliklere yol açan, bu finansal araçların işlem hacimlerinin önemli miktara ulaşmasını sağlayan işlem yapmak veya emir vermek, ilgili finansal araca ilişkin olarak önemli miktarda alım veya satım emri vermek, ilgili finansal aracın mülkiyetinde değişiklik yaratmayan işlemler gerçekleştirmek, ilgili finansal araca ilişkin günlük işlem hacminin önemli oranlara ulaşmasını ve kısa vadeli alınan pozisyonların ve/veya emirlerin iptal edilmesini sağlayan işlemler yapmak veya emirler

---

[43] KLEPITSKIJ, s. 123.

vermek, kısa zaman içinde ilgili finansal aracın fiyatlarını önemli ölçüde tersine çevirecek yoğunlaştırılmış işlemler gerçekleştirmek veya emirler vermek, ilgili finansal aracın değerini ve fiyatını etkileyen referans göstergelerin hazırlandığı belirli bir zaman diliminde işlem yapmak veya emir vermek piyasa dolandırıcılığına vücut verebilecek emareler arasında sayılmaktadır[44].

Diğer yandan, 596/2014 sayılı MAR hükümlerini tamamlayıcı niteliği haiz 05/04/2016 tarih L 88/13 sayılı AB Resmi Gazetesi'nde yayımlanan 2016/522/EU sayılı Komisyon Tüzüğü'nün[45] (*Commission Delegated Regulation*) 2 numaralı ekinde manipülatif işlem kalıplarına yer verilmiştir. Anılan işlem kalıplarına benzer işlemlere Türk hukukunda da yer verilmiştir.

Buna göre,

- Finansal aracın mülkiyetinde herhangi bir değişiklik yaratmayan kendinden kendine işlemler (*wash sales*),
- Finansal aracın fiyatının yükselmesini sağlamak amacıyla piyasanın kapanışında yapılan işlemler (*marking the close*),
- Finansal araca yönelik uzun pozisyon alarak önemli miktarda alım-satım emri verip bu emirler gerçekleşmeden iptal etmek suretiyle ilgili finansal araca yüksek oranda talep bulunduğuna yönelik yanıltıcı izlenim yaratan işlemler (*layering and spoofing*),
- Finansal aracın halka arzından sonra yatırımcıları yanıltmak ve ilgili finansal aracın fiyatını yapay olarak etkilemek için ikincil piyasada alım emri vermek (*colluding in ther after market of an Initial Public Offer*),
- Finansal araca ilişkin yanlış veya yanıltıcı bilgi yaymak suretiyle payın değerini veya fiyatını yükselttikten sonra, yatırımcılara ilgili finansal aracı yükselen fiyattan satmak suretiyle payın değerinin düşürülmesi (*pump and dump/trash and cash*)[46],
- Belirli şartlar altında ilgili finansal aracın işlem fiyatında anormal değişikliklere yol açan, önceden anlaşarak grup olarak hareket eden kişilerin verdikleri emirlerin birbirini karşılaması (*improper matched orders*),

---

44 VEIL, s.236.

45 https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0522&from=EN (Erişim tarihi 29.8.2020).

46 LIN Tom C. W., "The New Market Manipulation", **Emory Law Journal**, Vol. 66, 2017, s. 1284-1285.

- Finansal aracın fiyatının belirli bir düzeyin üstüne çıkmasını veya belirli bir düzeyin altına inmesini engellemek *(creation of a floor/ceiling in the price pattern*)
- Finansal aracın mülkiyetine sahip olan kişinin gizlenmesi amacıyla işlem yapmak (*concealing ownership*)
- Piyasa katılımcılarının işlemlerini yavaşlatmak veya bir kişinin yatırım stratejisini gizlemek için, çok sayıda emir girmek, bu emirleri güncellemek, iptal etmek suretiyle belirsizlik yaratmak (*quote stuffing*)

manipülatif işlem kalıplarına örnek olarak verilmiştir.

Yukarıda yer verilen hususlar doğrultusunda, yürürlükten kaldırılan 2003/6/EC sayılı MAD'a göre 596/2014 sayılı MAR'ın, piyasa dolandırıcılığına ilişkin daha ayrıntılı ve kapsamlı düzenlemeler içerdiği anlaşılmaktadır. MAD art.1/2'de işleme ve bilgiye dayalı olmak üzere iki tür manipülasyon düzenlenmiş iken, MAR art.12/1'de işlem bazlı ve bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığının yanı sıra gelişen teknoloji karşısında manipülatif işlemlerin çeşitliliğinin artması nedeniyle referans değere *(benchmark)* dayalı piyasa dolandırıcılığı da hüküm altına alınmıştır.

Diğer yandan, MAR art.12/1-(a)-(i) ve (ii) alt bentlerinde yer verilen fiilleri gerçekleştiren kişiler bakımından kurtuluş beyyinesi getirilmiştir. Buna göre, anılan fiiller MAR 13 hükmünde yer verilen kabul edilmiş piyasa uygulamaları *(accepted market pratice)* kapsamında veya meşru gerekçeler *(legitimate reason*) ile gerçekleştirilmiş ise, bu fiiller piyasa dolandırıcılığı olarak kabul edilmeyecek ve cezai yaptırıma bağlanmayacaktır. Bir başka deyişle, kabul edilmiş piyasa uygulamaları ve meşru gerekçeler piyasa dolandırıcılığı fiiline ilişkin hukuka uygunluk sebepleridir.

Bununla birlikte, ne 596/2014 sayılı MAR hükümlerinde, ne de Avrupa Menkul Kıymetler Otoritesi'nin (*European Securities and Markets Authority*/ESMA) piyasanın kötüye kullanılmasına ilişkin yayımladığı herhangi bir rehberde "meşru gerekçelerin" neler olduğuna ilişkin bir açıklama bulunmamaktadır. Alman doktrininde baskın görüş, yasalar çerçevesinde piyasanın bütünlüğünü bozmayan ve sermaye piyasası hukukunda kabul edilen herhangi bir neden, meşru gerekçe olarak tanımlanmaktadır[47]. Öte yandan, İngiltere'de piyasa dolandırıcılığına ilişkin hukuka uygunluk nedenlerine ve

[47] VEIL, s.238.

hukuka uygunluk nedeni sayılmayan hallere ilişkin olarak FCA Rehberi'nde (*FCA Handbook-Market Abuse Regulation 1*) pek çok kriter getirilmiştir[48].

Diğer bir hukuka uygunluk nedeni olan kabul edilmiş piyasa uygulamaları, MAR 13 hükmü uyarınca yetkili otoriteler tarafından kabul edilmiş belirli bir piyasa uygulaması olarak tanımlanmaktadır. 596/2014 sayılı MAR art.13/2-(a)-(g) hükümleri incelendiğinde;

- Piyasanın geneline önemli düzeyde şeffaflık sağlayıp sağlamadığı,
- Arz ve talebin kurallara uygun olarak karşılıklı bir şekilde etkileşime girmesini ve piyasa işleyişinin kurallara uygun yürütülmesini yüksek seviyede garanti altına alıp almadığı,

---

[48] Anılan Rehber için bkz. https://www.handbook.fca.org.uk/handbook/MAR/1.pdf (Erişim tarihi 27.2.2020). Rehber'in 1.6.5 ve 1.6.6 hükümlerinde, 596/2014 sayılı MAR art.12/1(a) hükmüne atıf yapılmak suretiyle, piyasa dolandırıcılığına ilişkin hukuka uygunluk nedeni sayılan davranışlar ile hukuka uygun kabul edilemeyecek davranışlar düzenlenmiştir. Buna göre, 1.6.5 hükmünde, finansal araçların fiyatında hareketlilik ya da pozisyon değişikliği yaratmak için başkalarını işlem yapmaya teşvik etme niyeti taşıyan işlem veya emirler, finansal araçların üzerinde işlem yapmanın veya emir vermenin yasal olmayan bir nedene dayanması, bir işlemi yanıltıcı veya yanlış izlenim yaratma amacıyla gerçekleştirmek piyasa dolandırıcılığının tespitinde hukuka aykırılık karinesi olarak kabul edilmektedir. Anılan fiiller incelendiğinde, finansal araçların fiyatlarında veya pozisyonlarında değişiklik yaratmak için işlem yapılması veya başkalarını işlem yapmaya ikna etme fiilinin başlı başına hukuka aykırılık karinesi olarak kabul edilmesinin, olağan ticari işlemleri olumsuz yönde etkileyeceği değerlendirilmektedir. Zira, sermaye piyasalarında gerçekleştirilen her alım satım işleminin, sermaye piyasası aracı üzerinde fiyat hareketliliği yaratma potansiyeli bulunmaktadır. Bir eylemin piyasa dolandırıcılığı olarak sayılması için, sermaye piyasası aracı üzerinde fiyat hareketliliği veya pozisyon değişikliği yaratabilecek işlemlerin aynı zamanda yanlış veya yanıltıcı izlenim uyandırma amacı da taşıması gerektiği kanaatindeyiz. Aksi halde, yatırımcıların sermaye piyasalarında gerçekleştirdiği yasal işlemlerin pek çoğunun piyasa dolandırıcılığı olarak kabul edilme tehlikesi ile karşı karşıya kalması kaçınılmazdır. Diğer yandan, Rehber 1.6.6 hükmünde ise, 596/2014 sayılı MAR 12(1)(a) hükmünde tanımlanan piyasa dolandırıcılığına ilişkin hukuka uygunluk karineleri düzenlenmiştir. Buna göre, üçüncü kişiye olan yasal bir yükümlülüğün yerine getirilmesi amacını taşıyan işlemler, tamamen adil ve etkili bir şekilde piyasanın ihtiyaçlarını karşılayacak şekilde gerçekleştirilen işlemler, piyasa riskine açık pozisyonları oluşturan işlemler ve ilgili piyasanın kurallarına uygun olarak gerçekleştirilen işlemler hukuka uygun olarak kabul edilmektedir. Rehber 1.6.7 hükmü incelendiğinde, yatırımcıların uzun vadeli yatırımlar, risk yönetimi veya kısa dönem spekülasyonlar aracılığıyla kendilerine en uygun zamanda ve hacimde en üst düzeyde yarar elde etmeye yönelik davranışlarının piyasa dolandırıcılığı olarak kabul edilemeyeceği, aksine bu durumun ticari hayattaki likiditeyi ve etkinliği artıracağının belirtildiği görülmektedir. Anılan hüküm, yukarıda ayrıntılı olarak açıklanan 1.6.5 hükmünde sayılan ve piyasa dolandırıcılığı fiilinin kapsamında genişleten fiilleri sınırlandırıcı nitelik taşımaktadır. Bu nedenle, 1.6.5 hükmünde belirtilen hukuka aykırılık karinesi olarak sayılan fiilleri, 1.6.7 hükmü ile birlikte ve her somut olayın özelliğine göre ayrı olarak değerlendirmek gerekmektedir. Nitekim, 1.6.8 hükmünde de, fiyatta değişiklik yaratan her işlemin piyasa dolandırıcılığı sayılmayacağı, fiyatın yüksek ya da düşük olmasının, arz ve talebin karşılıklı etkileşiminin bir sonucu olabileceği belirtilmektedir.

- Piyasanın likiditesine ve etkinliğine olumlu bir etkide bulunup bulunmadığı,
- Piyasa uygulaması tarafından yaratılan yeni duruma piyasa katılımcılarının uygun bir şekilde ve zamanında tepki verip vermediği,
- İlgili finansal aracın organize piyasada işlem görüp görmediğine bakılmaksızın ilgili piyasanın bütünlüğü için risk oluşturup oluşturmadığı,
- Doğrudan ya da dolaylı olarak AB içindeki piyasayı ilgilendirip ilgilendirmediğine bakılmaksızın davranış kuralları ya da piyasanın kötüye kullanılmasını önlemek için düzenlenen kuralları ihlal edip etmediği, yetkili otorite ya da başka bir otorite tarafından ilgili piyasa uygulamalarına ilişkin gerçekleştirilen soruşturmaların sonucu,
- İlgili piyasada bireysel yatırımcılar dahil, piyasa katılımcılarının türleri ve finansal araçların işlem görme çeşitleri gibi ilgili piyasanın karakteristik özellikleri

AB üye ülkelerin ulusal otoritelerinin kabul edilmiş piyasa uygulamalarını belirlerken göz önünde bulundurmaları gereken kriterler olarak düzenlenmiştir.

Öte yandan, MAR 13 hükmü, kabul edilmiş piyasa uygulamalarına ilişkin olarak yetkili otoritelerin dikkate alacağı kriterleri belirleyen 2004/72/EC sayılı Direktifi yürürlükten kaldırmıştır. Bu direktif yerine ESMA tarafından, kabul edilmiş piyasa uygulamalarına ilişkin teknik standartlar hazırlanmış ve bu taslak 2016/908/EU sayılı Komisyon Tüzüğü[49] (*Commission Delegated Regulation*) olarak yasalaşmıştır. Anılan Tüzüğün 3-9 maddeleri arasında, MAR 13/2 maddesinde yer verilen ve üye ülkelerin kabul edilmiş piyasa uygulamalarını belirlerken dikkate alması gereken kriterler daha ayrıntılı ve özellikli olarak düzenlenmiştir.

Bununla birlikte, AB üye ülkelerinden Almanya'da federal finansal gözetim otoritesi BaFin (*The Federal Financial Supervisory Authority*) tarafından henüz kabul edilen bir piyasa uygulaması bulunmamaktadır. Fransa'da ise ihraççıların kendi paylarının değerini düşmesini önlemek amacıyla paylarını geri alabilmesine imkan tanıyan program (*buy back shares*) ve yatırım şirketlerinin ihraççı adına payları alıp satması olarak adlandırılan

[49] https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32016R0908 (Erişim tarihi 2.9.2019).

likidite sözleşmeleri (*liquidity contract*) kabul edilmiş piyasa uygulamaları olarak belirlenmiştir[50]. Avusturya'da ise piyasa katılımcılarının borçlanma araçlarında işlem yaparken belirli ve sınırlı şartlar altında hem alıcı hem de satıcı tarafta olması (*kompensgeschäfte*) kabul edilmiş piyasa uygulamasıdır[51]. Anılan işlem tipi, mülkiyette değişiklik yaratmayan kendinden kendine işlem (*wash sales*) olarak adlandırılmaktadır.

b. Bilgi Bazlı Piyasa Dolandırıcılığı

MAR art.12/1-(c) maddesinde, bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı tanımlanmıştır. Buna göre, internet dahil medya yoluyla veya herhangi başka bir yolla, finansal araçların, finansal araçlara dayalı spot sözleşmelerin veya emisyon tahsisine dayalı ürünlerin arz ve talebine ya da fiyatına yönelik olarak yanlış ya da yanıltıcı etki yaratan ya da yaratabilecek veya bunların fiyatını anormal veya yapay bir seviyede sabitleyecek nitelikte sinyaller verilmesi, söylentiler yayılması, bunu yayan kişinin bilginin yanlış veya yanıltıcı olduğunu bildiği veya bilmesi gerektiği haller bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı sayılmaktadır. Anılan madde incelendiğinde, bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı fiili bakımından menfaat elde etme şartının getirilmediği görülmektedir.

Bununla birlikte piyasa manipülasyonuna ilişkin cezai yaptırımları düzenleyen 2014/57/EU sayılı CSMAD art.5/2-(c) bendinde bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunun tanımı; *"basın ya da internet aracılığıyla ya da diğer herhangi bir yolla, finansal araçların ya da ilgili spot sözleşmelerin arz ve talebine ya da fiyatına yönelik olarak yanlış ya da yanıltıcı olan etki yaratan ya da yaratabilecek veya bunların fiyatını anormal ya da bir seviyede sabitleyecek nitelikte sinyaller verilmesi ve bu suretle kişilerin kendileri ya da başkaları lehine avantaj veya kâr elde etmesi şeklinde"* yapılmıştır. Anılan tanımdan, 2014/57/EU sayılı CSMAD'da cezai yaptırıma konu bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunun unsuru olarak, failin bu suç nedeniyle kar veya avantaj elde etmesi şartının getirildiği görülmektedir. Ancak anılan Direktif'te hangi eylem ve davranışların "avantaj veya kar elde etme" anlamına geleceğine ilişkin açıklayıcı bir hükme yer verilmemiştir.

2014/57/EU sayılı CSMAD'da, Türk Hukuku'nda düzenlenen bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığından farklı olarak "menfaat" kavramından daha geniş

---

50 VEIL, s.239.

51 VEIL, s. 239.

bir kavramı ifade eden "avantaj" kelimesi kullanılmıştır. Kanaatimizce, bu kadar geniş bir kavramı açıklayıcı herhangi bir düzenlemenin bulunmaması, uygulamada bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunun unsurlarının tespitinde güçlüklere yol açmakta, "avantaj veya kar elde etme" unsurunun nasıl yorumlanacağına ilişkin tereddütlere yol açmaktadır.

Diğer yandan, MAR, internet sitelerinin ve özellikle sosyal medya platformlarının kullanımındaki artış nedeniyle, sosyal medya siteleri veya gerçek kullanıcısı tespit edilemeyen anonim bloglar dahil internet yoluyla yanlış ve yanıltıcı bilgi yayılmasını, geleneksel iletişim yolları ile bilgi yayılması ile eşdeğer kabul etmektedir[52].

Ayrıca, halka açık bir ortaklığın yayımladığı finansal raporlar hakkında kamuya yanlış bilgi vermek, ortaklığın finansal durumuyla ilgili yapılan bir basın toplantısında veya internet ortamında yapılan görüşmede yanlış bir açıklamada bulunmak bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı fiiline örnek olarak gösterilebilir[53].

Bununla birlikte, bir açıklamanın bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı kapsamında olup olmadığının tespiti oldukça güçtür. Bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığının kanıtlanmasının oldukça güç olduğuna ilişkin en çarpıcı örneklerden biri Almanya'da gerçekleşen "*Porsche olayı*" dır[54]. Porche Automobil Holding SE, Volkswagen (VW) AG'yi devralma niyetini kamuoyundan bilerek ve isteyerek saklamak ile suçlanmıştır. Eylül 2005 tarihinde, VW paylarının %20'sini elinde bulunduran Porsche, VW'ni devralma niyetinin bulunmadığını kamuoyuna açıklamıştır. Bununla birlikte, Mart 2007 tarihinde Porsche neredeyse VW'nin %30'una sahip konuma gelmiştir. Mart 2008 tarihinde de, Porche, Alman Pay Alım Teklifi Kanunu uyarınca zorunlu pay alım teklifi için BaFİN'e başvurmuş ve anılan başvurusu kabul edilmiştir. Bununla birlikte, anılan başvurudan bir hafta sonra, Porsche tarafından yapılan basın açıklamasında, VW'nin paylarının %75'ini elde etme niyetlerinin bulunmadığı belirtilmiştir. Mart 2008 tarihinden Ekim 2018 tarihine kadar Porche beş kez VW'ni devralacağını inkar eden açıklamalarda bulunmuştur.

Ancak, Ekim 2008 tarihinde, Porsche CEO'su VW paylarının %75'ini elde ettiklerini ve bu oranının hakimiyetin sağlanmasına ilişkin alt sınırın üzerinde olduğunu açıklamıştır. Buna göre, VW'nin pay başı değeri 290

---

52 MAR, Önsöz paragraf 48.

53 VEIL, s. 232.

54 https://www.techtimes.com/articles/142193/20160318/court-acquits-former-porsche-executives-in-volkswagen-share-market-manipulation-case.htm (Erişim tarihi 9.9.2019).

Euro'dan 1005 Euro'ya yükselmek suretiyle, VW dünyada kısa sürede en çok değerlenen otomobil üreticisi olmuştur. VW pay fiyatlarının artmaya başlaması ve tüm kısa pozisyonda olan yatırımcıların pozisyonlarını kapatmaya[55] çalışmaları neticesinde, VW pay fiyatı daha da fazla yükselmiş ve yatırımcılar yaklaşık 15 milyar Euro tutarında zarara uğramışlardır. Bununla birlikte, Porche, 2008 Mortgage krizi sonrasında 10 milyar Euro tutarındaki kredi borcunu finanse etmede sıkıntı yaşaması nedeniyle 2009 yılında VW'i devralmaktan vazgeçtiğini açıklamıştır.

Almanya yetkili otoritesi BaFin, Porche'un eski CEO'su Wendelin Wiedeking ve CFO'su Holger Haerter hakkında inceleme başlatmış ve VW'yi devralma niyetlerini bilerek ve isteyerek kamuoyundan saklamak ve yatırımcıları yanlış yönlendiren açıklamalarda bulunmak suretiyle bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunu işledikleri iddiasında bulunmuştur. BaFin tarafından, Hearter hakkında 30 ay, Wiedeking hakkında 27 ay hapis cezasına ve ayrı ayrı 1 milyon Euro, VW'nin hakim ortağı Porche hakkında ise 800 milyon Euro tutarında adli para cezasına hükmedilmesi talep edilmiştir.

Ancak Stuttgart eyalet mahkemesi tarafından yapılan yargılamada, yatırımcıların açığa satış işlemi yaparken zarara uğrama riskini göze aldığı, VW'yi devralma niyetine ilişkin kamuoyuna yapılan açıklamaların rasyonel ve hukuka uygun olduğu, yapılan açıklamaların bilerek ve isteyerek yatırımcıları yanıltma amacı taşıdığına ilişkin bir kanıtın bulunmaması gerekçesiyle Porche eski yöneticileri hakkında yapılan suçlamalar düşürülmüştür[56].

Görüldüğü üzere, Porsche yetkilileri tarafından kamuoyuna VW'nin devralma sürecine ilişkin yapılan birden fazla açıklama VW paylarının fiyatını, arz ve/veya talebini etkilemesine, hatta bu paylar üzerinde açığa satış işlemi gerçekleştiren yatırımcıların milyon dolar tutarında zarara uğramasına neden olmasına rağmen, açıklamayı yapan yöneticilerin bu paylar üzerinde işlem gerçekleştiren yatırımcıları yanıltılma kastıyla ve dürüstlük kuralına aykırı olarak hareket ettiklerine ilişkin özel kastlarının bulunduğunun kanıtlanamaması nedeniyle Mahkeme tarafından yöneticiler hakkında beraat kararı verilmiştir.

---

[55] Açığa satış darlığı (*short squeeze*) olarak adlandırılan bu durumda, pay fiyatlarının artmaya başlaması ve kısa pozisyondaki tüm yatırımcıların pozisyonlarını kapatmaya çalışmaları sonucunda pay fiyatlarının daha da artması söz konusudur. Açığa satış darlığı, piyasada ilgili paya yönelik çıkan haberler sonucunda diğer işlemcilerin (*trader*) uzun pozisyona geçmelerinden kaynaklanmaktadır, KARABACAK, s.33.

[56] https://www.nytimes.com/2012/12/20/business/global/2-former-porsche-executives-charged-with-market-manipulation.html (Erişim tarihi 10.9.2019).

Bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığına bir diğer örnek ise, *"IKB Deutche Industriebank A.G.*" (IKB) olayıdır[57]. IKB'nin eski CEO'su Stefan Ortseifen tarafından 20 Temmuz 2007 yılında yapılan basın açıklamasında, ABD'de yaşanan ve mortgage krizi olarak adlandırılan yüksek fiyatlı konut kredilerindeki risklerin pratikte IKB'yi etkilemeyeceği yönünde bir açıklama yapılmıştır. Bu açıklamanın yapıldığı gün IKB pay fiyatları, bu payların kote edildiği MDAX indeksinin[58] üzerinde bir değerle işlem görmüştür. Bir hafta sonra ise, IKB CEO'su tarafından yapılan açıklamada, mortgage krizinden Şirket'in etkilendiği açıklanmış ve CEO istifa etmiştir. Yapılan açıklamadan sonra, IKB payları milyar dolarları aşan bir oranda değer kaybetmiş ve yatırımcılar zarara uğramıştır.

Duesseldorf Bölge Mahkemesi tarafından, bilerek ve isteyerek IKB pay fiyatını yükseltmek amacıyla, anılan payların Amerika'daki mortgage krizinden etkilenmediği şeklinde bir izlenim yaratmak suretiyle kamuoyuna yanlış ve yanıltıcı açıklamada bulunmasında sorumluluğu bulunan IKB eski CEO'su hakkında bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçu uyarınca 10 ay hapis cezasına ve hayır kurumlarına ödenmek üzere 100 bin Euro tutarında para cezasına hükmedilmiştir.

Öte yandan, MAR 12/2-(d) hükmü uyarınca, geleneksel veya elektronik medya yoluyla, daha önce pozisyon almış olduğu finansal bir araca, türev aracın dayalı olduğu mallara, enerji piyasası ürünlerine veya dolaylı olarak bunların ihraççılarına ilişkin bilgi açıklanması neticesinde, açıklanan görüşün fiyat üzerindeki etkisi dolayısıyla avantaj veya kâr elde edilmesi de piyasa dolandırıcılığı sayılmaktadır.

MAR, kural olarak sermaye piyasasındaki tüm aktörlere uygulanmaktadır. Bununla birlikte anılan Tüzük'te gazetecilere karşı özel bir koruma hükmü getirilmiştir. Buna göre, MAR'ın "Medya yoluyla bilgi yayılması veya görüş açıklanması" kenar başlıklı 21/1 hükmünde; 10, 12(1)(c) ve 20'nci maddeleri kapsamında, bilgi açıklaması, yayılması ya da tavsiyede bulunulması gazetecilik ya da diğer bir basın yoluyla ifade açıklaması amacı ile yapılmışsa, bu açıklamaların ya da bilgi yaymanın, basın özgürlüğü ve

---

57 VEIL, s. 233.

58 MDAX, Almanya'daki Frankfurt Borsası'nda işlem gören orta düzeydeki endüstrilerin segmenti (*mid-size industirals*) olup Üst Standart Segmente kote edilen 50 şirketin payları bu endekste yer almaktadır. MDAX, performans endeksi olarak hesaplanmaktadır;

https://www.stoxx.com/document/Bookmarks/CurrentFactsheets/MDAX.pdf (Erişim tarihi 10.9.2019).

diğer basın organlarında ifade özgürlüğü ve gazetecilik mesleğini düzenleyen kurallar göz önüne alınarak değerlendirileceği belirtilmiştir.

Ancak ilgili açıklamayı yapanların ya da bunlarla ilişkili olanların açıklanan ya da yayılan bilgi sayesinde doğrudan ya da dolaylı menfaat sağlamaları ya da finansal araçların arz, talep ve fiyatı hakkında piyasayı yanlış yönlendirmek kastıyla bu fiilleri gerçekleştirmeleri halinde, anılan fiiller bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı kapsamında sayılmaktadır.

Görüldüğü üzere, MAR art.21 hükmünde gazetecilerin gerçekleştirdikleri eylemlerin piyasa dolandırıcılığı kapsamında sayılmaması için, gazetecilik görevi çerçevesinde hareket edilmesi, açıklamanın veya bilgi yaymanın, basın özgürlüğü veya ifade özgürlüğüne ilişkin kurallar çerçevesinde kabul edilmesi ve bu fiiller nedeniyle doğrudan veya dolaylı olarak herhangi bir avantaj veya kâr sağlanmamış olması gerekmektedir. 2014/57/EU sayılı CSMAD 5/2-(c) bendine benzer şekilde, MAR gazetecilere ilişkin getirdiği özel koruma bakımından menfaat sağlanmasını şart koşmuş olmakla birlikte, bu kavramların içeriğinin ne olduğu maddede gösterilmemiştir.

c. Piyasa Dolandırıcılığının Diğer Türleri

596/2014 sayılı MAR art.12/1-(b) hükmü uyarınca, hileli veya kurgulu araçlar kullanmak suretiyle bir ya da birkaç finansal aracın, bunlarla ilgili emtia sözleşmesinin veya emisyona dayalı ürünlerin fiyatını etkileyen veya etkilemesi muhtemel işlemler yapmak, emirler girmek veya diğer davranışlarda bulunmak yasaklanmıştır. Bu manipülasyon türü, işlem bazlı ve bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı tanımına girmeyen eylemlerin cezasız kalmasını önlemek amacıyla getirilmiştir. MAR'ın 1 numaralı Eki'nin B Bölümü'nde, diğer şartların varlığı halinde manipülasyon teşkil edebilecek davranış örneklerine yer vermiştir. Buna göre;

- Herhangi bir kişi ya da bu kişiyle bağlantılı kişiler tarafından yanlış veya yanıltıcı bilgi yayılmasından önce veya sonra aynı kişiler tarafından işlem yapmak veya emir vermek,
- Herhangi bir kişi veya bu kişiyle bağlantılı kişiler tarafından, somut bir gerçeği bariz bir şekilde etkileyen hatalı veya önyargılı yatırım veya araştırma tavsiyesi üretmek veya yayma fiilinden önce veya sonra aynı kişiler tarafından işlem yapmak veya emir vermek

manipülatif davranış kalıplarıdır.

ç. Referans Değere Dayalı Piyasa Dolandırıcılığı

Referans değer, piyasa araştırması veya değer hesaplamasına dayalı fiyat, değer veya diğer verilerin, bir ya da birden fazla dayanak varlığın, fiyat, oran ya da faiz ölçümüdür. Bu ölçümler zengin bir bilgi kaynağı olup finansal piyasaların şeffaflığını sağlamakta ve likiditesini artırmaktadır[59]. Faiz oranları, yabancı para kurları, altın, paladyum, petrol, doğalgazın fiyatlarını belirleyen endeksler buna örnek gösterilebilir. Referans değer tüketici kredilerinden uzun vadeli emtia sözleşmelerine, kompleks türev araçlara dayalı sözleşmelere kadar uzanan geniş bir finansal sözleşmeler ağının içinde bütünleşik ve çeşitli şekillerde bulunmaktadır[60].

MAR art.3(1)-(29) hükmünde referans değer *(benchmark)*, finansal aracın değeri veya finansal araca ödenebilecek tutara ilişkin olarak tahmini fiyatı, tahmini veya gerçek faiz oranlarını veya diğer değerleri kapsayan fiyat veya değerlerin ya da bir ya da birden fazla dayanak varlık temeline dayanan veya düzenli olarak veya belirli dönemler itibariyle yayımlanan veya kamuya açıklanan endeks, oran veya rakam olarak tanımlanmaktadır.

MAR art.12/1-(d) hükmü uyarınca, referans değer (*benchmark*) hesaplamasını manipüle eden herhangi bir davranış veya girdinin yanlış veya yanıltıcı olduğunu bilen ya da bilebilecek durumda olan kişinin bu girdiyi sağlaması veya yayması yasaklanmıştır. Diğer yandan, MAR'ın piyasa dolandırıcılığı sayılabilecek emarelerin yer aldığı "1" numaralı Eki incelendiğinde, bu emarelerin referans değer manipülasyonuna uygulanmadığı anlaşılmaktadır[61].

En önemli referans değerlerden biri, bankaların birbirlerine uyguladıkları referans faiz oranı LIBOR'dur[62]. Londra Bankalararası Faiz Oranı'nın kısaltıl-

---

59 FLETCHER Gina-Gail S., "Benchmark Manipulation", **Indiana Legal Studies Research Paper**, No. 344, 2016, s. 1943.

60 FLETCHER, s.1930-1931; VERSTEIN Andrew, "Benchmark Manipulation", **Boston College Law Review**, Volume: 56, Issue: 1, 2016, s.215 vd.

61 VEIL, s. 241.

62 Referans değer manipülasyonuna en önemli örnek, bankaların birbirlerine uyguladıkları referans faiz oranı LIBOR üzerinden gerçekleştirilen "LIBOR skandalı"dır. LIN, s. 1281. 2012 yılında İngiliz menşeili uluslararası yatırım bankası Barclays'in iki çeşit LIBOR manipülasyonunu gerçekleştirdiği ortaya çıkmış ve "LIBOR skandalı" olarak adlandırılan bu hadise, İngiliz hukukunda Finansal Hizmetler ve Piyasalar Kanunu'nun (*Financial Services and Markets Act 2000*/FSMA) piyasa dolandırıcılığına ilişkin ilgili hükümlerinde önemli değişikliklerin yapılmasına yol açmıştır. 3 Ocak 2006 tarihinden 6 Ağustos 2007 tarihine kadar, ihraççıların %70'i türev araçlara ilişkin gelen talepleri, yanlış faiz oranı üzerinden karşılamış olup bu durum uluslararası platformda LIBOR faiz oran-

mış hali olarak kullanılan LIBOR (London Interbank Offered Rate), 1986'dan bu yana kısa vadeli borçlanmayı teminen en güvenilir bankaların birbirlerine uyguladıkları referans faiz oranı olarak tanımlanmakta olup yaklaşık 350 trilyon Amerikan doları değerindeki finansal enstrümanlar için kullanılmaktadır.

Avrupa'da enerjiye dayalı vadeli işlem sözleşmelerine[63] ilişkin fiyatların belirlendiği Avrupa Enerji Borsası (*European Energy Exchange*), referans değer manipülasyonuna en çok maruz kalan gösterge değerlerinden biridir. 2014 yılında, merkezi Almanya'da olan Avrupa Enerji Borsası'nda, enerjiye dayalı vadeli işlem sözleşmelerinin fiyatının belirlendiği zaman aralığında, referans değer oluşturacak kadar emir girilmiş ve ardından bu emirler iptal edilmiştir. Böylece, referans değer, piyasa fiyatından farklı oluşturulmuştur. Ancak, Avrupa Enerji Borsası'nda referans değer üzerinden gerçekleştirilen bu manipülasyon, piyasayı etkilemediğinden, Almanya finansal gözetim otoritesi BaFin tarafından manipülatörlere cezai yaptırım uygulanmamakla birlikte, sorumlular hakkında 160 bin Euro tutarında para cezası tesis edilmiştir[64].

---

larının güvenilirliğini oldukça sarsmıştır. Barclays tarafından gerçekleştirilen ikinci manipülasyon fiili ise, 2008 finansal krizi boyunca ve onu izleyen dönemde bankanın ödünç alma maliyetlerinin kötüniyetli olarak düşük gösterilmesidir. Bu kapsamda, 2005-2009 yılları arasında, Barclays türev araç komisyoncuları tarafından, türev araç ihraççılarına LIBOR tanımına uygun faiz oranları yerine, komisyoncuların menfaatine uygun olan faiz oranları uygulanmak suretiyle faiz oranları manipüle edilmiştir, The LIBOR Scandal, **Review of Banking&Financial Law**, Boston University School of Law, Vol.32, s.2-6, https://www.bu.edu/rbfl/files/2013/09/The-LIBOR-Scandal.pdf (Erişim tarihi 7.3.2020). Bu çerçevede, 2005-2009 yılları arasında LIBOR ve EURIBOR faiz oranlarına ilişkin yanıltıcı raporlama yapmak suretiyle piyasa dolandırıcılığına teşebbüs etmek fiili nedeniyle Barclays, Amerikan Adalet Birimi ve Amerikan Emtia Vadeli İşlemleri Ticaret Komisyonu (*U.S. Commodity Futures Trading Commission*/CFTC) tarafından 360 milyon Amerikan doları tutarında para cezası ödemeye mahkum edilmiştir. Ayrıca, 2012 yılında faaliyette bulunan İngiliz finansal hizmetler yetkili otoritesi tarafından Barclays hakkında, soruşturmanın başında anlaşmaya varılması nedeniyle %30 indirim uygulanmak suretiyle 59.5 milyon Paund tutarında idari para cezası tesis edilmiştir, The Wheatley Review of LIBOR: Initial Discussion Paper (The Weathley Initial Discussion Paper), Ağustos 2012, s.14, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/191763/condoc_wheatley_review.pdf (Erişim tarihi 8.3.2020). Bununla birlikte, LIBOR skandalının gerçekleştiği tarihte finansal araçlar üzerinde gerçekleştirilen piyasa dolandırıcılığı fiilini cezai müeyyideye bağlayan FSMA 397 hükmü, LIBOR referans faiz oranlarına ilişkin piyasa dolandırıcılığını suç olarak düzenlememekteydi. Bu kapsamda, anılan skandaldan sonra 2012 tarihli Finansal Hizmetler Kanunu (*Financial Services Act 2012*) 91 hükmünde LIBOR gibi referans standartlara (*benchmark*) ilişkin yanıltıcı açıklamalarda bulunma fiili suç olarak düzenlenmiş ve cezai müeyyideye bağlanmıştır.

63 Enerjiye dayalı vadeli işlem sözleşmeleri, önceden belirlenen fiyat ile alıcının satın almayı, satıcının da satmayı kabul ettiği sözleşmelerdir.

64 BaFin Annual Report, 2014, s. 216,
https://www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/EN/Jahresbericht/dl_jb_2014_en.html (Erişim tarihi 13.9.2020).

III. HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ

596/2014 sayılı MAR art.5 hükmü uyarınca, piyasa dolandırıcılığı kapsamına girmeyen hukuka uygunluk nedenleri, geri alım programı (*buy-back programme*) ve fiyat istikrarı (*price stabilization*) olarak düzenlenmiş ve 2016/1052/EU sayılı Komisyon Tüzüğü'nde[65] anılan hukuka uygunluk nedenlerine ilişkin şartlar ayrıntılı olarak ortaya konulmuştur.

Piyasa dolandırıcılığına ilişkin ilk hukuka uygunluk nedeni olan halka açık bir ortaklığın paylarını geri alması, menkul kıymetlerin değerinin altında bir fiyatla satılmasını önlemek amacıyla gerçekleştirilmektedir. Böylece, payın likiditesinin geri kazanılması veya fiyat istikrarının sağlanması söz konusudur. Ayrıca, şirketin paylarını geri alması, düşmanca devralmaların (*hostile takeover*) önüne geçilmesini teminen oldukça güçlü bir araç olarak kullanılmaktadır[66]. Menkul kıymetin gerçek değerinden ayrılması ve piyasa aktörleri tarafından fiyatın serbest bir şekilde belirlenememesi piyasa dolandırıcılığına yol açabileceğinden, pay geri alım programı ile şirket piyasaya yön vermektedir[67]. Dolayısıyla, geri alım programı, belirli şartların sağlanması halinde piyasa dolandırıcılığı suçuna vücut vermemekte, bir başka deyişle hukuka uygunluk nedeni sayılmaktadır.

MAR art.5/2 (a), (b) ve (c) bentleri uyarınca, geri alım programı sadece ihraççının sermayesinin azaltılması veya menkul kıymetlere dönüştürülebilir borçlanma araçlarından doğan yükümlülüğün karşılanması veya çalışanlara şirket paylarının dağıtımını sağlayan programlar ya da ihraççı veya bağlı ortaklığın idari, yönetim ve gözetim birimlerinde çalışanlarına yönelik diğer pay dağıtım programından doğan yükümlülüklerin karşılanması amacına münhasır olmalıdır. Aksi takdirde, geri alım programı adı altında gerçekleştirilecek pay alımları, hukuka uygunluk nedeninden yararlanamaz. Ayrıca, geri alım programının konusunu sadece hisse senetleri oluşturmaktadır. Bir başka deyişle şirket, paylarını geri alabilmek için türev araçları kullanamaz[68].

---

65 https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R1052&from=EN (Erişim tarihi 16.9.2020).

66 GIGUASHVILI Giorgi, "Legal Instruments for the Development of Capital Market", **Journal of Finance, Accounting & Management,** Vol. 8, Issue 1, 2017, s.78.

67 VEIL, s. 245-246.

68 VEIL, s. 246.

MAR art.5/1 hükmü uyarınca, ihraççının geri alım programından yararlanabilmesi için, payların geri alımı işlemi öncesi ve sonrasında, işlem gerçekleştireceği ticaret platformunun bulunduğu yer yetkili otoritesine ve kamuya, gerçekleştirdiği veya gerçekleştireceği her bir işlem hakkında yeterli açıklamada bulunmak zorundadır. Ayrıca, MAR halka açık ortaklığın sınırsız bir şekilde paylarını geri almasına izin vermemekte, kendi payları üzerinde gerçekleştireceği alım işlemini belirli şartlara bağlamaktadır. Buna göre, şirket, piyasada oluşan daha yüksek fiyattan payı satın almak suretiyle veya piyasada bulunan pay miktarından daha azını almak suretiyle yapay fiyat artışına yol açacak şekilde geri alım programını gerçekleştiremez. MAR 5/1-(c) hükmü uyarınca, şirket geri alım programını gerçekleştirirken, payın fiyatına ve işlem hacmine yönelik belirli sınırlamalara uymak zorundadır.

Nitekim 2016/1052 sayılı Komisyon Tüzüğü'nde, işlem şartları ve sınırlandırmaları 3 ve 4 maddelerinde detaylı olarak düzenlenmiştir. Buna göre, ihraççının piyasada gerçekleştirilen son işleme ilişkin pay fiyatının üzerinde ve günlük işlem hacminin %25'ini aşan tutarda geri alım gerçekleştirmesi mümkün değildir[69]. Ayrıca, ihraççının pay geri alım programını şeffaflık ve adil işlem yapma ilkeleri doğrultusunda yürütmesi gerekmektedir. Geri alım programı boyunca ihraççı, kendi paylarını satın alamamakta ve finansal tabloların yayınlanma tarihinden önceki 30 günlük süre boyunca paylar üzerinde herhangi bir işlem gerçekleştirememektedir. Ancak, ihraççının yatırım firması veya bir kredi kurumu olması durumunda bu sınırlamalar geçerli değildir.

Piyasa dolandırıcılığına ilişkin ikinci hukuka uygunluk nedeni ise fiyat istikrarıdır. MAR 3/2-(d) hükmü uyarınca fiyat istikrarı, bir sermaye piyasası aracının halka arzında, ilgili sermaye piyasası aracı üzerinde oluşan satış baskısı nedeniyle, önceden tayin edilen belirli bir süre içinde münhasıran anılan sermaye piyasası aracının piyasa fiyatını desteklemek amacıyla yatırım firmaları veya kredi kuruluşları tarafından ilgili menkul kıymetin satın alınması veya satın alınmasına yönelik teklifte bulunulmasına yönelik işlemler olarak tanımlanmıştır[70].

Halka yeni arz edilen sermaye piyasası araçlarının satın alınmasına yönelik maliyetlerin karşılanması amacıyla yatırımcıların ilgili sermaye piyasası araçlarına ilişkin satım emri vermesi, fiyatların düşmesine neden olmaktadır. Fiyat istikrarı işlemi, halka arz edilen sermaye piyasası aracının fiyatı-

---

69 GIGUASHVILI, s.78.

70 MANAVGAT, **İşleme Dayalı Manipülasyon,** s. 44 vd.

nın düşmesini önlemektedir.[71] Fiyat istikrarı işlemleri, ilgili sermaye piyasası aracının fiyatında yapay bir artışa neden olmakla birlikte, MAR 5/4 hükmünde belirtilen koşulların sağlanması halinde, yatırımcıların güvenini koruyan ve piyasayı düzenleyen bir mekanizma haline dönüşmektedir[72].

Önemle belirtmek gerekir ki, piyasa dolandırıcılığı sayılmayan ve hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilen fiyat istikrarı işlemlerini sadece yatırım kuruluşları ve kredi kurumları ilk veya ikincil halka arzda gerçekleştirmektedir[73]. Bu sınırlamanın nedeni, fiyat istikrarının, ihraççıyı ekonomik anlamda zor duruma düşürecek şekilde halka arz edilen sermaye piyasası aracının fiyatının düşmesini önlemektir.

Nitekim, MAR art.4/3 hükmü uyarınca, fiyat istikrarı işlemleri ancak belirli koşulların sağlanması halinde hukuka uygunluk nedeni sayılmaktadır. Buna göre, fiyat istikrarı işlemleri ancak belirli zamanlarda yapılabilmektedir. Hukuka uygunluk nedenlerinin nasıl uygulanacağına ilişkin ayrıntılı açıklamalar içeren ve teknik standartlar belirleyen 2016/1052 sayılı Komisyon Tüzüğü 5/1(a) hükmünde bu zaman dilimi açıklanmıştır. Buna göre, payların veya paya eşdeğer diğer sermaye piyasası araçlarının halka arzında, fiyat istikrar işlemleri, alış satış işlemlerinin başladığı ilk günden itibaren en fazla 30 gün sürebilir.

Ayrıca, geri alım programında olduğu gibi, fiyat istikrarı işlemlerinde de, işlemle ilgili ayrıntılı bilgiler kamuya açıklanmalı ve işlemin yapıldığı yer yetkili otoritesine bildirilmelidir. Buna göre, 2016/1052 sayılı Komisyon Tüzüğü'nün 6'ncı maddesi uyarınca, halka arza başlamadan önce, fiyat istikrarı işleminin yapılıp yapılamayacağı, yapılacak ise bu işlemin ne zaman başlayacağı ve biteceği, işlem şartları ve *"greenshoe"*[74] olarak adlandırılan ek alım opsiyonun tanınıp tanınmadığı hususları kamuya açıklanmalıdır.

Yukarıda açıklanan hususların yanı sıra, halka arz edilen paylar bakımından fiyat istikrarı işlemleri, yalnızca belirli bir miktar ile sınırlı olarak ve önceden belirlenen fiyat üzerinden gerçekleştirilebilmektedir. Buna göre, 2016/1052 sayılı Komisyon Tüzüğü art.7 uyarınca, fiyat istikrarı işlemleri gerçekleştirilirken, pay veya paya eş değer bir sermaye piyasası aracının alımı sırasında, hiçbir şekilde halka arz fiyatının üstüne çıkılamamaktadır.

---

71 DURSUN, s.269, dn. 105.

72 VEIL, s.249; aynı görüş için bkz. MANAVGAT, **İşleme Dayalı Manipülasyon**, s. 46.

73 VEIL, s. 249.

74 "*Greenshoe*", ihraççı tarafından aracı kurumlara, sermaye piyasası araçlarının halka arzından sonraki belirli bir zaman diliminde, belirli bir miktar menkul kıymeti halka arz fiyatı üzerinden satın alma hakkı tanınmasıdır; MANAVGAT, **İşleme Dayalı Manipülayon**, s.44.

IV. PİYASA DOLANDIRICILIĞINA UYGULANAN YAPTIRIMLAR

1. 2003/6/EC Sayılı Piyasanın Kötüye Kullanılması Direktifi'nin Yürürlükte Olduğu Dönemde Üye Ülkelerin Yaptırım Uygulama Yetkisi

2003/6/EC sayılı MAD hükümleri incelendiğinde, piyasa dolandırıcılığına ilişkin olarak doğrudan uygulanacak bir cezai yaptırımın öngörülmediği anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, anılan Direktif'teki hükümlere aykırı davranılması halinde, üye ülkelerin iç hukuklarına dayanarak cezai yaptırım uygulama yetkisinin bulunduğu görülmektedir. Ancak üye ülkelerin cezai yaptırım uygulaması zorunlu olmayıp, ihtiyari olarak yaptırım tesis edilebilmektedir.[75]. Örneğin, MAD'ın yürürlükte olduğu tarihte, Bulgaristan yetkili otoritesi piyasa dolandırıcılığına ilişkin olarak sadece idari yaptırım uygulamakta iken, Danimarka ve İsveç yetkili otoriteleri ise sadece cezai yaptırım uygulamaktadır[76]. Bunun yanında, 2003/6/EC sayılı MAD art.14/1 hükmü uyarınca, Direktif hükümlerine uyulmaması halinde, üye ülkelerin ulusal otoritelerinin idari yaptırım veya tedbir uygulama yetkisi bulunmaktadır.

Diğer yandan ESMA tarafından 2012 yılında MAD hükümlerinde bu fiillere ilişkin öngörülen yaptırımların uygulama gücünün kullanılmasına yönelik bir rapor hazırlanmıştır[77]. Anılan Rapor'da, ESMA tarafından piyasa dolandırıcılığının da dahil olduğu piyasanın kötüye kullanılmasına eylemlerine ilişkin olaylarda yaptırım uygulama gücünün etkin bir şekilde kullanılmasına ilişkin üye ülkelere yol haritası sunulmuştur[78].

ESMA Raporu'na göre, 2003/6/EC sayılı MAD hükümlerinin uygulanması üye ülkeler arasında farklılık göstermektedir. Bu durum, üye ülkelerdeki yetkili otoriteler ile yargı makamları arasındaki yetkinin kapsamının farklılığından kaynaklanmaktadır. Bazı ülkelerde, piyasa dolandırıcılığı fiilinin araştırılması ve incelenmesine ilişkin bilgiler yetkili otorite tarafından sağlanmakta ancak cezai ve idari yaptırımlar yargı mercileri tarafından tesis

---

75 CUMMING, Douglas/GROH Alexander Peter/JOHAN Sofia, "Same Rules, Different Enforcement: Market Abuse in Europe", **Journal of International Financial Markets**, Institutions and Money Forthcoming, Haziran 2017, s.6, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3047340 (Erişim tarihi 16.8.2020).

76 ESMA, Actual Use of Sanctioning Powers Under MAD Report, Nisan 2012, s. 26, https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/2015/11/2012-270.pdf (Erişim tarihi 16.8.2020).

77 The Actual Use of Sanctioning Powers Under MAD Report, Nisan 2012, https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/2015/11/2012-270.pdf (Erişim tarihi 16.8.2020).

78 CUMMING/GROH/JOHAN, s. 6.

edilmektedir[79]. Bu durum, piyasa dolandırıcılığı fiilinin tespiti ve bu fiile ilişkin yaptırım uygulanması sürecinin uzamasına yol açabilmektedir.

Ayrıca, üye ülkelerin yetkili otoriteleri arasında dahi yetki farklılıkları bulunmaktadır. Bazı ülkelerin yetkili otoriteleri doğrudan idari ve cezai yaptırım uygulama yetkisini haiz iken, bazı ülkelerdeki yetkili otoritelerin, piyasa dolandırıcılığı fiilini tespit ettikten sonra gerçek veya tüzel kişiler hakkında doğrudan yaptırım uygulama (*detected offence*) veya işlem yapma yasağı kararı verme yetkisinin yanında dosyayı doğrudan yargı mercine iletme yetkisi (*cases transmitted*) de bulunmaktadır.

ESMA'nın 2012 tarihli Raporu esas alınarak, Cumming-Groh-Johan tarafından, 2008-2010 yılları arasında üye ülkelerin yetkili otoriteleri tarafından doğrudan yaptırım uygulanan kişi sayısı ile yargı mercilerine iletilen dosyaların sayıları yayımlanmıştır[80]. Buna göre, piyasanın kötüye kullanılmasına ilişkin olarak gerçek ve tüzel kişiler hakkında doğrudan yaptırım uygulanan en fazla dosya sayısına sahip ülke Almanya iken, İsveç'te ise bu sayı sıfırdır.

Bununla birlikte, piyasanın kötüye kullanılmasına ilişkin olarak yargı mercilerine aktarılan dosya sayısı en fazla olan ülke İsveç'tir. Buna göre, İsveç yetkili otoritesi Finansinspektionen'in MAD hükümleri uyarınca tespit edilen piyasa dolandırıcılığı fiilini işleyen gerçek veya tüzel kişiler hakkında idari veya cezai yaptırım uygulama yetkisi bulunmamakta olup tespit ettiği hukuka aykırılıkları doğrudan yargı mercine iletmek zorundadır.

Dolayısıyla üye ülkelerdeki yetkili otoriteler ile yargı mercileri arasında yasalarla sağlanacak bir işbirliği, piyasa dolandırıcılığı fiilini işleyenlere karşı uygulanacak yaptırımların etkinliğini en üst seviyeye çıkaracaktır. Bu durum piyasa aktörlerinin de sermaye piyasalarında gerçekleştirdikleri hileli ve yapay işlemlerin azalmasını sağlayacaktır.

Diğer yandan, yetkili otoritelerin sadece piyasa dolandırıcılığının tespiti aşamasında mahkemelerle işbirliği içinde olması, suçun ortaya çıkarılmasında yeterli olmamaktadır. Yargı mercileri tarafından dava açıldıktan sonra da, yetkili otoriteler tarafından bilgi paylaşımı devam etmeli, teknik bilgi ve uzmanlık gerektiren hususlarda yetkili otorite personeli mahkemeyle birlikte çalışmalıdır.

---

79 CUMMING/GROH/JOHAN, s. 7.

80 CUMMING/GROH/JOHAN, s. 34.

A. Üye Ülkelerin Piyasa Dolandırıcılığına İlişkin Uyguladığı Cezai Yaptırımlar

Cezai müeyyiedeler, manipülatörleri sermaye piyasasında manipülatif eylemler gerçekleştirmekten alıkoyacak etkin yaptırımlar arasında bulunmaktadır. Bununla birlikte, ESMA'nın yukarıda yer verilen 2012 tarihli Raporu'nda, cezai müeyyidelerin caydırıcı olması gibi bir avantajının bulunmasının yanı sıra yasal düzenlemelerin uygulanmasını etkisiz hale getirecek bir takım dezavantajlarının da bulunabileceği vurgulanmıştır[81].

2003/6/EC sayılı MAD'ın yürürlükte olduğu dönemde, 21 üye ülke (Avusturya, Belçika, Kıbrıs Rum Yönetimi, Danimarka, Estonya, İspanya, Finlandiya, Fransa, Macaristan, İrlanda, İzlanda, İtalya, Litvanya, Latviya, Malta, Hollanda, Norveç, Romanya, Slovenya, Slovakya ve İngiltere) tarafından piyasa dolandırıcılığı suçunu işleyen gerçek veya tüzel kişilerin her ikisi hakkında cezai yaptırım uygulanabilirken, bazı üye ülkeler (Çekya, Almanya, Yunanistan, Lüksemburg, Polonya, Portekiz ve İsveç) tarafından ise sadece gerçek kişi hakkında cezai yaptırım uygulanmaktaydı[82]. Buna karşın, üye ülkelerden sadece Bulgaristan tarafından piyasa dolandırıcılığına ilişkin cezai yaptırım uygulanmamakta, idari yaptırım tesis edilmekteydi[83].

Üye ülkelerde piyasa dolandırıcılığı suçunu işleyen kişi hakkında belirli bir hapis cezası öngörülmemiş, hapis cezasına ilişkin alt ve üst sınırlar belirlenmişti. Buna göre, 2003/6/EC sayılı MAD'ın yürürlükte olduğu dönemde, piyasa dolandırıcılığı fiilini işleyen kişi hakkında verilecek hapis cezasının alt sınırı, Slovenya'da 15 gün iken İtalya'da iki yıl idi[84]. Hapis cezasının üst sınırı ise, Estonya'da 30 gün iken, Slovakya'da 15 yıl idi[85]. İspanya ve Fransa'da iki yıla kadar, Almanya'da ise beş yıla kadar hapis cezasının yanı sıra adli para cezası öngörülmekteydi[86]. Öte yandan, üye ülkelerde, Yunanistan

---

81 The Actual Use of Sanctioning Powers Under MAD Report, s. 14.

82 The Actual Use of Sanctioning Powers Under MAD Report, s. 73.

83 FAURE/LEGER, s. 418, dn.163.

84 İtalya'da piyasa dolandırıcılığı suçunu işleyen kişi hakkında öngörülen hapis cezası 12 yıla kadar çıkmakta ve hapis cezasının yanında asgari 20.000 Euro, azami 5 milyon Euro tutarında veya suçtan dolayı elde ettiği menfaatin üç katından az olmamak üzere on katı tutarına kadar adli para cezası öngörülmekteydi; The Actual Use of Sanctioning Powers Under MAD Report, s.14, 69, 88.

85 CUMMING/GROH/JOHAN, s. 12.

86 VEIL, s. 257.

dışında, cezai yaptırımlar sıklıkla adli para cezasına çevirilebilmekteydi[87]. Adli para cezasının belirli bir sınırı olmayıp, üye ülkelerin yasal düzenlemelerine göre alt ve üst sınır değişebilmekteydi.

Bununla birlikte, ESMA'nın 2012 tarihli raporuna göre, 2008-2010 yılları arasında üye ülkelerden toplanan veriler incelendiğinde, piyasa dolandırıcılığı gerçekleştiren kişi hakkında uygulanan para cezasının alt sınırı Almanya'da 5 Euro iken, Slovenya'da 50.000 Euro tutarında idi[88]. Anılan Rapor uyarınca, Fransa ve Romanya'da piyasa dolandırıcılığından elde edilen menfaat fail hakkında hükmedilecek adli para cezasının sınırını oluşturmaktaydı.

Diğer yandan, piyasa dolandırıcılığı fiilini işleyen kişiye karşı 2008-2010 yılları arasında üye ülkelerden Belçika'nın uyguladığı para cezasının üst sınırı 55.000 Euro iken, Estonya'da 1 milyon Euro tutarındaydı. İtalya'da ise, suçun önemi, failin karakter özellikleri ve suçtan elde edilen menfaat göz önünde bulundurularak fail hakkında tesis edilecek üst sınır para cezası suçtan elde edilen menfaatin üç katından az olmamak üzere on katına kadar çıkabilmekteydi. Benzer şekilde, Fransa'da da üst sınır, suçtan elde edilen gelirin on katına kadar belirlenebilmekteydi[89].

Görüldüğü üzere, 2003/6/EC sayılı MAD'ın yürürlükte olduğu dönemde, üye ülkeler tarafından piyasa dolandırıcılığına ilişkin uygulanan yaptırımlarda bir yeknesaklık bulunmamakta olup, bazı ülkeler tarafından yaptırım tesis edilirken failin piyasa dolandırıcılığı fiilinden elde ettiği menfaat esas alınmış iken bazı ülkelerde ise menfaat dikkate alınmaksızın ceza miktarı tayin edilmiştir.

B. Üye Ülkelerin Piyasa Dolandırıcılığına İlişkin Tesis Ettiği İdari Yaptırımlar

ESMA'nın 2012 tarihli Raporu uyarınca, 2008-2010 yılları arasında elde edilen veriler incelendiğinde, Fransa'da piyasa dolandırıcılığı fiilini gerçekleştiren gerçek kişiler hakkında uygulanan idari para cezasının alt sınırı 100 Euro, üst sınırı 1.500.000 Euro tutarındadır. Piyasa dolandırıcılığı fiilini işleyen tüzel kişiler hakkında Estonya'da tesis edilen idari para cezasının alt

---

87 The Actual Use of Sanctioning Powers Under MAD Report, s. 87.

88 The Actual Use of Sanctioning Powers Under MAD Report, s. 88.

89 The Actual Use of Sanctioning Powers Under MAD Report, s. 89; VEIL, s. 257.

sınırı 575 Euro iken, Portekiz'de 5.000.000 Euro tutarında üst sınırdan idari para cezası uygulanmıştır[90].

Diğer yandan ESMA'nın 2012 tarihli raporuna göre, üye ülkelerin yetkili otoriteleri tarafından piyasa dolandırıcılığı fiilini gerçekleştiren kişiler hakkında tesis edilecek idari para cezasının miktarı belirlenirken; ihlalin önemliliği, suçtan elde edilen maddi menfaatin miktarı, failin yetkili otorite ile işbirliği gerçekleştirmesi, finansal güçlük, ihlalin yatırımcılara etkisi, ihlal nedeniyle doğan zararın tazmini, ihlalin tekrarı, kusurun derecesi, sorumluluğun düzeyi gibi önemli kriterlerin dikkate alınması gerekmektedir[91].

Bununla birlikte, piyasa dolandırıcılığı fiilini işleyen kişilere karşı üye ülkelerin yetkili otoriteleri tarafından idari para cezasının dışında idari yaptırımlar veya tedbirler de uygulanabilmektedir. Yetkili otoriteler tarafından tesis edilecek idari tedbirler çok çeşitli olup ESMA'nın 2012 tarihli Raporu'nda örnek kabilinden yer verilmiştir[92]. Buna göre; piyasa dolandırıcılığı fiilini gerçekleştiren tüzel kişi hakkında kınama, gerçek kişileri uyarma/kınama, gerçek kişilerin lisanslarını askıya alma, tüzel kişilerin lisanslarını iptal etme üye ülkeler tarafından uygulanan idari tedbirlerdendir.

C. Cezai ve İdari Yaptırımların Kamuya Açıklanması

Üye ülkelerin idari ve cezai yaptırım kararlarını kamuya açıklaması, yaptırım sürecinin bir parçasıdır. Zira, piyasa dolandırıcılığını yasaklayan kuralların ihlal edildiğine ilişkin kamuya yapılan açıklama, caydırıcı bir etki sağlamaktadır. ESMA'ya göre, Avrupa Komisyonu, piyasanın kötüye kullanılması eylemlerini işleyen kişilere karşı uygulanan yaptırımların üye ülkeler tarafından kamuya açıklanmasının zorunlu tutulması gerektiği görüşündedir[93]. Bununla birlikte, sermaye piyasalarına zarar verecek ya da ilgililer açısından telafi edilemez bir zarara yol açabilecek açıklamalar bakımından üye ülkelerin bu yaptırımların kamuya açıklanmasını ertelemesi veya kamuya hiç açıklanmaması hususunda takdir yetkisinin bulunması gerektiği değerlendirilmektedir.

---

90 The Actual Use of Sanctioning Powers Under MAD Report, s. 13.

91 The Actual Use of Sanctioning Powers Under MAD Report, s. 13.

92 The Actual Use of Sanctioning Powers Under MAD Report, s. 13.

93 The Actual Use of Sanctioning Powers Under MAD Report, s. 18.

2. 596/2014 sayılı Piyasanın Kötüye Kullanılması Tüzüğü'nde (MAR) Öngörülen İdari Yaptırımlar

"İdari yaptırımlar ve önlemler" başlığı altında düzenlenen MAR art.30 hükmü uyarınca, piyasa dolandırıcılığına ilişkin idari yaptırım ve önlemler konusunda üye ülkelerin yetkili otoritelerine düzenleme yapma yetkisi tanınmıştır. Bununla birlikte, aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere piyasa dolandırıcılığını suç olarak düzenleyen CSMAD'ın ilgili hükümleri uyarınca piyasa dolandırıcılığı suçunu işleyen faile cezai yaptırım uygulanması durumunda, anılan kişi hakkında idari yaptırım uygulanmaması öngörülmüştür.

MAR art.30/2 hükmü, üye ülkelerin yetkili otoritelerinin piyasa dolandırıcılığına ilişkin tesis edeceği asgari idari yaptırım veya önlemleri belirlemektedir. Buna göre, piyasa dolandırıcılığını işleyen kişinin bu davranışını tekrar etmesini önleyici işlem tesis etmek, ihlal nedeniyle zarar etmekten kaçınması veya ihlal sonucu menfaat elde etmesi halinde bunların iadesini (*disgorgement*) sağlamak, yatırım kuruluşunun piyasa dolandırıcılığı fiilini işlemesi halinde kuruluşun yetkilerini geçici olarak durdurmak veya iptal etmek, yatırım kuruluşunda yönetim görevini üstlenen bir kişi tarafından bu ihlalin gerçekleştirilmesi halinde anılan kişinin yöneticilik görevini yerine getirmesini geçici olarak yasaklamak, ihlal nedeniyle bir menfaat elde etmiş veya zarardan kaçınmış ise bu tutarın en az üç katı kadar idari para cezası tesis etmek şeklinde idari yaptırım/önlemler düzenlenmiştir.

Ayrıca, MAR art.30/2-(i) hükmü uyarınca gerçek kişiler tarafından piyasa dolandırıcılığının işlenmesi halinde en az 5 milyon Euro tutarında veya bu para birimini kullanmayan üye ülkelerin bu değere karşılık gelen ulusal para birimi tutarında idari para cezası tesis edilmektedir. Tüzel kişilerin anılan ihlali gerçekleştirmesi halinde ise, aynı fıkranın (j) bendi uyarınca tüzel kişilerin yönetim organı tarafından kabul edilen son yıllık finansal tabloya göre elde ettiği gelirin en az %15'i tutarında veya 15 milyon Euro veya bu para birimini kullanmayan üye ülkelerin bu değere karşılık gelen ulusal para birimi tutarında idari para cezası tesis edilmektedir. Bu tutarlar üye ülkelerin tesis edeceği idari para cezasına ilişkin asgari oranları göstermektedir. Nitekim, MAR art.30/3 hükmü ile, üye ülkelere piyasa dolandırıcılığı nedeniyle tesis edecekleri idari para cezalarının asgari sınırını yukarıya taşıma yetkisi verilmiştir.

Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki, 2003/6/EC sayılı MAD'dan farklı olarak, MAR'da öngörülen piyasa dolandırıcılığı hükümlerini ihlal eden kişi hakkında üye ülkelerce tesis edilen idari yaptırım/önlemler ile piyasa dolandırıcılığı ihlaline ilişkin yürütülen soruşturmaların tamamının beş

yıl boyunca denetleyici otoritelerin internet sitesinde yayımlanması gerekmektedir[94]. Bu durum, yaptırım uygulanan kişinin itibarını zedelemekle birlikte, piyasada yatırımcıların doğru ve zamanında bilgilendirilerek, şeffaflığın sağlanması adına oluşturulmuş önemli bir mekanizmadır[95].

Bununla birlikte, MAR art.34/3 hükmü uyarınca üye ülkelerin yetkili otoritelerinin idari yaptırımları veya soruşturmaları kamuya açıklayıp açıklamama hususunda belirli bir dereceye kadar takdir yetkisi bulunmaktadır. Buna göre, piyasa dolandırıcılığı ihlali sonucunda, bu ihlali gerçekleştiren kişi hakkında tesis edilen idari yaptırımların veya yürütülen soruşturmaların yayımlanması, piyasanın stabilizasyonunu tehlikeye düşürüyorsa veya kamuya açıklama yaptırımı söz konusu ihlal bakımından ölçülülük ve orantılılık ilkesine uygun düşmüyorsa, üye ülkenin bu açıklamayı hiç yapmama veya erteleme yetkisi bulunmaktadır.

3. 2014/57/EU Sayılı Piyasanın Kötüye Kullanılmasına İlişkin Cezai Yaptırımlar Direktifi'nde (CSMAD) Öngörülen Cezai Yaptırımlar

Yukarıda yer verildiği üzere MAR, piyasa dolandırıcılığı fiiline ilişkin üye ülkelerin yetkili otoriteleri tarafından tesis edilecek idari yaptırım/önlemleri düzenlemekle birlikte, bu fiili cezai yaptırıma bağlamamıştır. Avrupa Komisyonu'nun cezai yaptırımların doğasının, idari ve hukuki yaptırımlara göre nitelik açısından farklılık arz etmesi nedeniyle, cezai yaptırımların ayrı bir mevzuatta asgari standartlar çerçevesinde düzenlenmesi politikası[96] doğrultusunda, 12/06/2014 tarih ve L 173/179 sayılı AB Resmi Gazetesi'nde yayımlanan ve 16/04/2014 tarihi itibariyle yürürlüğe giren 2014/57/EU sayılı CSMAD, piyasanın kötüye kullanılması fiilleri arasında sayılan piyasa dolandırıcılığını suç olarak düzenlemiş ve bu fiili cezai müeyyideye bağlamıştır. Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki MAR, AB üye ülkelerinin iç hukuklarına aktarmalarına gerek kalmaksızın doğrudan uygulanabilir niteliği haiz iken, piyasa dolandırıcılığına ilişkin cezai yaptırımların düzenlendiği CSMAD'ın uygulanabilmesi için, üye ülkelerin anılan hükümleri iç hukuklarına aktarması gerekmektedir[97].

---

94 Bu konuda bkz. 596/2014 sayılı MAR madde 34/1.

95 VEIL, s. 254.

96 FAURE/LEGER, s.398.

97 BAGOT Sebastian, "A new European framework: MAR and CSMAD", **Securities Markets DG Financial Stability, Financial Services and Capital Markets Union Brussels**, 2016, https://ec.europa.eu/assets/agri/market-sectors/cereals/commodity-expert-group/2016-11-09/dgfisma-bagot-overview-new-eu-legal-framework.pdf (Erişim tarihi 19.9.2019).

CSMAD art.5/2 hükmünde, MAR 12 hükmüne benzer şekilde işleme dayalı, bilgiye dayalı, referans değere (*benchmark*) dayalı piyasa dolandırıcılığı ve diğer şekillerde piyasa dolandırıcılığı olmak üzere piyasa dolandırıcılığının dört türü tanımlanmıştır. Piyasa dolandırıcılığı fiilinin cezai yaptırıma bağlanabilmesi için CSMAD iki önemli şart getirmiştir. Buna göre, kasıtlı olarak işlenen ve "ciddi olaylar" (*serious cases*) kapsamında olan piyasa dolandırıcılığı fiili cezai yaptırıma bağlanmıştır.

CSMAD'a göre, piyasa dolandırıcılığı fiilinin cezai yaptırıma bağlanabilmesi için, kast unsurunun yanında bu fiilin "ciddi" olarak adlandırılan bir olaya vücut vermesi gerekmektedir. Bu kapsamda "ciddi olay" teşkil eden fiilin kapsamının belirlenmesi şarttır. Sermaye piyasasına verilen zararın, ihlal nedeniyle elde edilen menfaatin veya kaçınılan zararın ve üzerinde ihlalin gerçekleştirildiği sermaye piyasası aracının değerinde gerçekleştirilen değişim oranının yüksek olduğu durumlar ile piyasa dolandırıcılığı fiilini işleyen kişinin sermaye piyasası sektörünün veya düzenleyici ve denetleyici otoritenin mensubu olması "ciddi" olarak belirtilmekte ve CSMAD'ın ilgili hükümlerinde belirtilen diğer şartların varlığı halinde piyasa dolandırıcılığı fiili suç sayılmaktadır[98].

Bununla birlikte, MAR'dan farklı olarak, CSMAD'da piyasa dolandırıcılığı suçunun konusunu sadece finansal araçlar ve emtia sözleşmeleri oluşturmaktadır. Dolayısıyla, emisyona dayalı ürünler üzerinde gerçekleştirilen piyasa dolandırıcılığı suç kabul edilmemekte olup cezai yaptırıma bağlanmamıştır. Bir başka deyişle, emisyona dayalı ürünler üzerinde gerçekleştirilen ve MAR art.12 hükmünde tanımlanan piyasa dolandırıcılığı fiillerini işleyen kişi hakkında üye ülke yetkili otoritesi tarafından sadece idari yaptırım tesis edilebilmektedir.

Ayrıca, CSMAD art.5 hükmü incelendiğinde, piyasa dolandırıcılığı suçunun vücut bulabilmesi için, finansal araçların ya da emtia sözleşmeleriyle ilgili finansal araçların fiyatına, arz ve talebine ilişkin yanlış veya yanıltıcı izlenim vermesi muhtemel işlemler, emirler veya diğer davranışlar cezai yaptırıma tabi değildir. Bir başka deyişle, piyasa dolandırıcılığı suçu "neticeli bir suç" olarak düzenlenmiş olup, gerçekleştirilen manipülatif işlemlerin ilgili finansal araçların fiyatı, arz ve talebi üzerinde yanlış veya yanıltıcı izlenim uyandırması gerekmektedir. Cezai bir normun, "suç ve cezaların belirliliği" ilkesi gereği, suç saydığı fiilleri ve bu suça bağlanan cezai müeyyideyi hiçbir tereddüte yer bırakmayacak açıklıkta düzenlemesi gerekmekte-

98 Bkz. CSMAD, Başlangıç Hükmü 12.

dir. Bu nedenle, CSMAD art.5 hükmünde piyasa dolandırıcılığı suçunun oluşması için maddi unsur olarak, ilgili finansal araçların fiyatına, arz ve talebine ilişkin yanlış veya yanıltıcı izlenim vermesi muhtemel işlemler, emirler veya diğer davranışlara yer verilmemesi isabetlidir.

CSMAD art.6 uyarınca, üye ülkelerin piyasa dolandırıcılığı suçunu azmettirme ve yardım etme fiillerini de iştirak hükümleri kapsamında cezai müeyyideye bağlaması gerekmektedir. Anılan maddenin ikinci fıkrası incelendiğinde piyasa dolandırıcılığı suçuna teşebbüsün de cezalandırıldığı anlaşılmaktadır.

CSMAD'a göre üye ülkelerin piyasa dolandırıcılığı suçuna uygulanacak cezai müeyyideleri, caydırıcılığı sağlayacak şekilde ve ölçülülük ilkesi doğrultusunda öngörmeleri gerekmektedir[99]. Bu kapsamda, CSMAD art.7 hükmü uyarınca, piyasa dolandırıcılığı suçunu işleyen gerçek kişi hakkında üye ülkeler tarafından uygulanacak hapis cezasının üst sınırı asgari 4 yıl olmalıdır. Direktif, piyasa dolandırıcılığı suçuna uygulanacak hapis cezasının üst sınırına ilişkin asgari bir sınır getirmekle birlikte, hapis cezasının alt-üst sınırının belirlenmesini, Direktif'te öngörülen asgari şartlara uymak kaydıyla, üye ülkelerin takdirine bırakmaktadır. Örneğin, 30 Haziran 2016 tarihinde yürürlüğe giren Alman Menkul Kıymetler Kanunu (*The German Securities Trading Act*) art.119 uyarınca, piyasa dolandırıcılığı fiilini yasaklayan MAR art.15 hükmünün ihlali halinde, bu suçu kasıtlı olarak işleyen kişi hakkında azami 5 yıl hapis cezasına ve para cezasına hükmedilmektedir. Bu suçun örgütlü halde işlenmesi veya finansal denetim kurumunun veya finansal araçlarla ilgili hizmet veren şirketlerin bünyesinde işlenmesi ise suçun nitelikli hali olarak kabul edilmekte ve fail hakkında azami 10 yıl hapis cezasına hükmedilmektedir. Anılan Kanun'un 120'nci maddesinde ise, piyasa dolandırıcılığı fiilinin kasıtlı veya ihmali olarak işlenmesi halinde, azami beş milyona kadar idari para cezasına hükmedilmektedir[100]. Fransa'da ise, Fransız Para ve Finans Kanunu (*The French Monetary and Financial Code*) Art.L465-1 uyarınca piyasa dolandırıcılığını işleyen kişi hakkında azami 5 yıl, İtalya'da ise 24 Şubat 1998 tarihli Kanun Hükmünde Kararname art.185 uyarınca 6 yıla kadar hapis cezası öngörülmektedir[101].

---

99 AKSOY, s.76.

100 Alman Menkul Kıymetler Kanunu'nun ilgili hükümleri için bkz. https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/EN/Aufsichtsrecht/Gesetz/WpHG_en.html;jsessionid=D2E32D32FB9C13464D754CED1455DDA2.1_cid383?nn=8379954#doc7856864bodyText137 (Erişim tarihi 28.2.2020).

101 KLEPITSKIJ s.125.

Piyasa dolandırıcılığı suçunun tüzel kişiler tarafından işlenmesi halinde ise, cezai yaptırımların yanı sıra cezai olmayan yaptırımlar da ölçülülüğü, caydırıcılığı ve etkinliği sağlayacak şekilde belirlenmelidir. Buna göre, CSMAD art.9 hükmü uyarınca, üye ülkelerin yetkili otoriteleri piyasa dolandırıcılığı suçunu işleyen tüzel kişi hakkında; kamu yardımlarından yoksun bırakma, ticari lisans yetkisini geçici durdurma veya iptal etme, yargı gözetimine tabi olma, tasfiye edilme, piyasa dolandırıcılığı suçunun işlenmesinde kullanılan kurumların geçici veya sürekli olarak kapatılması yaptırımlarını uygulayabilecektir.

4. Hukuki Yaptırımlar

MAR, piyasa dolandırıcılığı suçunu işleyen kişinin, bu fiil nedeniyle zarar gören yatırımcılara karşı tazmin sorumluluğunu düzenlememektedir. Doktrinde, üye ülkelerin piyasa dolandırıcılığı fiiline ilişkin öngörülen yaptırımları etkin bir hale getirecek hukuki sorumluluk mekanizmasının oluşturulması gerektiği savunulmaktadır[102]. Kanımızca, piyasa dolandırıcılığı suçunun koruduğu hukuki menfaatin geniş anlamda ülke ekonomisi, dar anlamda ise üzerinde manipülatif işlem gerçekleştirilen sermaye piyasası araçlarına yatırım yapan yatırımcılar olduğu göz önünde bulundurulduğunda, salt faile uygulanacak cezai ve idari yaptırımlar etkin bir caydırıcılık mekanizmasının oluşturulmasında yeterli olmamaktadır. Bu kapsamda, sermaye piyasalarının etkin, adil, şeffaf ve güvenilir şekilde işlemesine ve yatırımcıların menfaatlerinin korunmasına zarar veren veya verme ihtimali bulunan piyasa dolandırıcılığı fiili neticesinde failin elde ettiği haksız menfaatin iadesine ve/veya yetkili ülke otoritelerinin oluşturacağı "Yatırımcı Koruma Fonu" kapsamında yatırımcıların bu fiil neticesinde uğradığı zararların tazminine yönelik bir mekanizmanın geliştirilmesinde fayda bulunmaktadır.[103]

---

[102] VEIL, s. 256.

[103] ABD'de piyasa dolandırıcılığı suçundan zarar gören yatırımcıların tazminine (*Fair Fund*) ve bu suçtan menfaat sağlayan failin elde ettiği kazancın iadesine (*disgorgement*) yönelik özel bir mekanizma oluşturulmuştur. Sarbanes-Oxley Kanunu sec. 308 (a) hükmü, Amerikan Menkul Kıymetler Komisyonu'na (*U.S Securities Exchange Commission*/SEC) tesis ettiği idari para cezalarını, sermaye piyasası suçlarından zarar görmüş yatırımcıların tazmini için oluşturulacak fona ekleyebilme yetkisi vermiştir. Bu para cezalarının fona eklenme yetkisi SEC'nin takdirinde olup sermaye piyasası düzenlemelerine aykırı fiiller nedeniyle zarar gören yatırımcıların tazmini için failin elde ettiği menfaat iadesinden ve para cezalarından oluşan "Yatırımcıları Tazmin Fonu" aracılığıyla yatırımcılar tazmin edilmektedir, Anılan hususa ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. ÇOŞKUN, s. 215.

V. PİYASA DOLANDIRICILIĞINI YASAKLAYAN HÜKÜMLERİ UYGULAYAN YETKİLİ BİRİMLER

MAR art.22 uyarınca, her üye ülke piyasa dolandırıcılığına ilişkin Tüzük'te yer verilen hükümleri uygulamak amacıyla yetkili bir otorite oluşturmak zorundadır. Üye ülke yetkili otoritesi, Avrupa Komisyonu'nu, ESMA'yı ve diğer ülkelerin yetkili otoritelerini bilgilendirmek ile yükümlüdür. Denetleyici otoriteler, sermaye piyasasında gerçekleştirilen işlemlerin olağan dışı olup olmadığını tespit etmek amacıyla gelişmiş bir yazılım ve bilişim sistemi oluşturmaktadır[104].

MAR art.23/2 hükmü, üye ülkelerin yetkili otoritelerinin ulusal hukukları doğrultusunda bu Tüzük uyarınca belirtilen görev ve sorumluluklarını yerine getirirken asgari düzeyde sahip olacakları denetim ve soruşturma yetkisine yer vermiştir. Buna göre üye ülke yetkili otoriteleri;

- Herhangi bir veri veya dokümanın aslına veya kopyasına ulaşmak, bu bilgileri herhangi birinden talep etmek,
- İhlale ilişkin bilgiye sahip olan kişiyi ifade almak için çağırmak,
- Emtiaya dayalı türev araçlara ilişkin olarak piyasa katılımcılardan spot piyasaya ilişkin işlem raporlarını, standardize edilmiş formatları talep etmek ve doğrudan bu piyasanın işleyiş sistemine ulaşmak,
- Gerçek kişilerin ikametleri haricinde yerinde denetim gerçekleştirmek, piyasa dolandırıcılığına kanıt oluşturabilecek veri ve dokümanlara makul şüphe halinde el koymak amacıyla gerçek veya tüzel kişinin tesisine girmek,
- Finans ya da kredi kurumları veya yatırım firmaları tarafından tutulan veri kayıtları ya da elektronik iletişim, telefon konuşmalarının mevcut kayıtlarını elde etmek,
- Piyasa dolandırıcılığı yasağının ihlaline ilişkin olabilecek ve makul şüphe oluşturan hallerde, ulusal hukukun izin verdiği ölçüde telekomünikasyon operatörlerinin elinde bulunan mevcut veri kayıtlarını edinmek,
- Piyasa dolandırıcılığı fiilini işleyen kişinin malvarlığına el koymak ve/veya malvarlığı değerlerini dondurmak,

---

[104] MOLONEY/FERRAN/PAYNE, s.653.

- Üzerinde piyasa dolandırıcılığı ihlali gerçekleştirilen finansal araca ilişkin geçici işlem yasağı koymak,
- Profesyonel ticari faaliyetin geçici bir süre yasaklanmasını sağlamak,
- Piyasaya yanlış veya yanıltıcı bilgi yayan veya kamuya açıklayan ihraççı veya diğer kişilerin bu bilgileri doğru bir şekilde kamuya açıklamalarını sağlayacak her türlü tedbiri almak

yetkisini haizdir.

MAR, üye ülke yetkili otoritelerinin yukarıda sayılan yetkileri haricinde, ulusal hukukları doğrultusunda daha fazla yetki ile donatılması konusunda esnek hükümler içermektedir. Ayrıca, üye ülke yetkili otoritelerinin elde ettiği bilgiler, kişisel verileri koruma hukukuna, sözleşmelerin gizliliği ilkesine ya da bilginin açıklanmasını sınırlandıran herhangi bir yasal düzenlemeye aykırılık teşkil etmemektedir[105]. Nitekim, MAR art.23/4 hükmü uyarınca, denetleyici otoritelere bilgi temin eden kimsenin hukuki bir sorumluluğu bulunmamaktadır. Böylece, MAR, piyasa dolandırıcılığı fiilinin işlendiğine ilişkin makul şüphe oluşması durumunda denetleyici otoriteler tarafından başlatılan soruşturma kapsamında elde edilen bilgilere ve bu bilgileri temin eden kişilere hukuki koruma getirmekte ve bu kişileri sorumluluktan bağışık tutmaktadır.

VI. MUHBİRLIK SİSTEMİ (*WHISTLE-BLOWING*)

MAR, piyasanın kötüye kullanılması fiillerini yasaklamanın yanında üye ülkeleri bu fiilleri yasaklayan hükümlerin etkinliğini sağlamaya yönelik düzenlemeler yapmaya teşvik etmektedir. Bu kapsamda, piyasa dolandırıcılığının da aralarında bulunduğu MAR'da yasaklanan fiillere ilişkin ihlalleri raporlamaya yönelik olarak muhbirlik sistemi (*whistleblowing*) adı altında bir mekanizma geliştirilmiş olup, bu sistem MAR art.32 hükmünde genel bir çerçevede düzenlenmiştir[106]. Belirtilen asgari hususlar doğrultusunda, bu

---

[105] VEIL, s.253.

[106] İlk kez ABD'de mortgage krizinin ardından 2010 yılında finansal piyasaların çöküşüne ve ekonomik krize çözüm olarak çıkarılan "whistleblowing", Dodd-Frank Yasası sec. 922 uyarınca düzenleme altına alınmıştır. Muhbirlik sistemi, sermaye piyasasının kötüye kullanılmasını yasaklayan hükümlerin ihlaline ilişkin önemli etkiye haiz orjinal bilginin SEC'ye gönülü olarak raporlanması ve belirli koşulların varlığı halinde muhbirin Yatırımcı Koruma Fonu'ndan (*Investor Protection Fund*) karşılanan ve SEC tarafından takdir edilen bir miktarda ödül alması üzerine kurulmuştur, muhbirlik sistemi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÇOŞKUN, s. 234-235.

mekanizmayı ulusal hukukları doğrultusunda ayrıntılı bir şekilde düzenleme yetkisi üye ülkelere aittir.

YELMAN ve LOBEL'e göre, muhbirlik sistemi "koru-emret-cezalandır-ödüllendir" şeklinde dört unsura dayanmaktadır[107]. Buna göre; muhbirlik mekanizması oluşturulurken; a) muhbire karşı bir husumet oluşturulmamasını teminen etkin bir koruma mekanizması yaratılmalı, b) piyasa dolandırıcılığının da aralarında bulunduğu piyasanın kötüye kullanılmasına yönelik hukuka aykırı fiilleri raporlamaya yönelik yasal zorunluluk getirilmeli, c) anılan hukuka aykırı fiillerin raporlanmaması halinde cezai müeyyide öngörülmeli ve d) Muhbire belirli koşulları sağlayan bilgi karşılığında finansal teşvik sağlanmalıdır.

Bu kapsamda, MAR'da muhbirlik mekanizmasının oluşturulması için; a) piyasa dolandırıcılığına ilişkin bir ihlalin gerçekleştirildiğini iddia eden muhbirin, yetkili otoriteye bu ihlali raporlamasına yönelik oluşturulacak iletişim kanallarının güvenliğinin sağlanması dahil raporlama yöntemine ilişkin ayrıntılı prosedürler belirlemek; b) piyasa dolandırıcılığı yasağının ihlal edildiği iddiasında bulunan veya bu ihlali raporlayan muhbirin adaletsiz ve ayrımcı muamelelere maruz bırakılmaması amacıyla bu kişileri istihdam ederek hizmet sözleşmesi kapsamında koruma altına almak, c) hem soruşturma hem de yargılama aşamasında ihlali raporlayan kişinin ve bu ihlali gerçekleştirdiği iddia eden kişinin, kişisel verilerinin koruma altına alınmasını sağlamak şeklinde asgari üç kriter belirlenmiştir.

Üye ülkeler, aralarında piyasa dolandırıcılığının da bulunduğu piyasanın kötüye kullanılması fiillerinin işlendiğini iddia eden ve bu ihlalleri raporlayan muhbirleri istihdam ederek, muhbirlerin sermaye piyasası mevzuatına uygun olarak yürüteceği faaliyetleri iç prosedürler öngörmek suretiyle düzenleyecektir. Nitekim, 2019/1937 sayılı AB Hukuku'nun İhlal Edildiğini Bildiren Kişilerin Korunması Hakkında Direktif[108] ile, ihbarcıların korunmasına yönelik etkili bir mekanizmanın kurulması öngörülmüş olup, bu Direktif kapsamında tüm AB üye ülkelerine, 17.12.2021 tarihine kadar Direktife uyum bakımından kendi iç düzenlemelerini yapmaları konusunda bir yükümlülük getirilmiştir.

---

[107] FLEISCHER Holger/SCHMOLKE Klaus Ulrich, "Financial Incentives for Whistleblowers in European Capital Markets Law? Legal Policy Considerations on the Reform of the Market Abuse Regime", **European Company Law,** Vol. 9, No. 5, 2012, s. 2, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2124678&download=yes (Erişim tarihi 27.10.2020).

[108] Anılan Direktif için bkz. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L1937&from=en (Erişim tarihi: 30.10.2020).

Diğer yandan, MAR art.32/4 hükmünde, üye ülkelerin muhbirlik sistemini teşvik etmek amacıyla ödül mekanizması öngörebileceği[109] düzenlenmiştir. Anılan hüküm incelendiğinde, ödül sisteminden yararlanabilmek için muhbirin düzenleyici otoritelere raporlayacağı bilginin niteliğine ve muhbirin sahip olacağı kişisel özelliklerine ilişkin bir takım genel şartlar getirildiği görülmektedir.

Bu çerçevede, piyasa dolandırıcılığı yasağının ihlal edildiğine ilişkin bilgi raporlayan kişinin, ulusal mevzuata göre, daha önce bu ihlali ihbar etme hususunda hukuki veya sözleşmesel yükümlülüğünün bulunmaması gerekmektedir. Ayrıca muhbire ödül verilebilmesi için, piyasa dolandırıcılığı fiilinin gerçekleştirildiğine ilişkin bilginin, MAR ve CSMAD ilgili hükümleri uyarınca idari veya cezai yaptırım ile sonuçlanacak nitelikte ve daha önceden ihbar edilmemiş yeni bir bilgi olması şartı koşulmaktadır.

Piyasa dolandırıcılığı fiilinin işlendiği iddiası ile, bu fiili belirli bir teşvik (ödül ya da dokunulmazlık) karşılığında denetleyici otoritelere bildirme sistemine dayanan muhbirlik programı, piyasanın kötüye kullanılmasına yönelik başlatılan soruşturmaların başarılı bir şekilde sonuçlanmasını temin etmektedir. Piyasa dolandırıcılığı fiilinin dışarıdan kanıtlanması güçlük arz ettiğinden, bu mekanizma genellikle şirket çalışanları, yöneticilerin gerçekleştirdiği ihlallerin ortaya çıkarılmasına yardımcı olmaktadır[110]. Çalışanların bu ihlalleri ihbar etmeleri nedeniyle işten çıkarılma korkusu yaşamaması için, teşvik mekanizması kurularak fayda/maliyet unsuru açısından bir dengeleme sağlanmaktadır.

Bununla birlikte, doktrinde bazı yazarlar tarafından, sermaye piyasalarında meydana gelen suiistimallerin önlenmesine yönelik kurulan muhbirlik sisteminin, bireylerin kişisel kararlarına ve ahlaki sorumluluğuna dayandırılması eleştirilmiştir[111]. Zira, bu sistemde teşvik mekanizmasının, bir başka deyişle finansal menfaatin ön planda olduğu, bireylerin maddi çıkar elde

---

[109] BATTEN Jonathan A./LONCARSKI Igor/SZILAGYI Peter G., "Financial Market Manipulation, Whistle Blowing and the Common Good: Evidence from the LIBOR Scandal", **SSRN Electronic Journal**, Ocak 2017, s.7, dn.9; https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2964917 (Erişim tarihi 6.10.2020).

[110] FLEISCHER/SCHMOLKE s. 7.

[111] BATTEN/LONCARSKI/SZILAGYI, s. 5-7; Teşvik mekanizmasının muhbir sayısını artıracağı, muhbirlerin intikam saikiyle hareket edebileceği, parasal teşvikin bir süre sonra şirket çalışanları veya diğer muhbirler bakımından "piyango mantığı"na dönüşeceği eleştirisi için bkz. FLEISCHER/SCHMOLKE, s.8-9.

etmeden böyle bir ihbar sistemine dahil olmayacakları, bu sisteme salt kamu yararını sağlamak amacıyla hizmet etmedikleri savunulmaktadır. Bu sistem, sermaye piyasası aktörlerinin daha etik davranışlar sergilemesine yol açmamakta, sadece bu davranışın tekrar edilmemesine yönelik caydırıcı bir tehdit mekanizması olarak kullanılmaktadır[112].

Teşvik ve koruma mekanizmasına dayalı muhbirlik sistemi, maddi menfaat elde etme saikiyle hareket eden pek çok kişinin temelsiz ve somut bir dayanağı bulunmadan piyasanın kötüye kullanıldığına ilişkin iddialarda bulunmasına, denetleyici otoritelerinin asılsız iddialarla meşgul edilmesine ve sermaye piyasalarında işlem yapan bireysel ve kurumsal yatırımcıların sürekli ihbar edilme tehdidi altında bırakılmasına neden olabilecektir. Bununla birlikte, Türk hukukunda henüz düzenleme alanı bulmayan muhbirlik sisteminin, sınırlı bir şekilde ve sıkı şekil şartlarına bağlanarak uygulanması piyasa dolandırıcılığı fiilinin tespit edilmesini oldukça kolaylaştıracağı kanaatindeyiz. Dolayısıyla muhbir kişilerin salt maddi menfaat beklentisi ile kişisel çıkarlarını gözeterek muhbirlik sistemini kullanmasını engelleyecek şekilde sıkı şekil şartlarına bağlı olarak bu mekanizmanın oluşturulması gerekmektedir. Kanaatimizce, anılan sistemin suistimalleri engelleyecek şekilde kurulması halinde, piyasa dolandırıcılığı fiillerinin ortaya çıkarılmasında oldukça etkili bir işleve sahip olacağı değerlendirilmektedir.

SONUÇ

Doktrinde "piyasa dolandırıcılığı" kavramı ile eş anlamlı olarak kullanılan "manipülasyon" çeşitli şekillerde tanımlanmış olup, genel olarak sermaye piyasasında arz ve talebin karşılaşması ile oluşan fiyata dışarıdan, olağan olmayan yollar ile müdahale etmek suretiyle sermaye piyasası araçlarının arz ve talebini, fiyatını doğrudan veya dolaylı olarak etkileyecek nitelikte alım, satım emri verme, işlem yapma, yalan, yanlış veya yanıltıcı nitelikte bilgi oluşturma, haber, yorum yapma, raporlama ve bunları yayma vb. mahiyetteki davranışlar olarak tanımlanabilir.

Piyasa dolandırıcılığı fiilini yasaklayan ve müeyyide altına alan yasal düzenlemeler İngiltere'de 1861, ABD'de 1934 yılından bu yana mevcuttur.

---

[112] WILDE'ye göre, muhbirlik sistemi aracılığıyla piyasanın kötüye kullanılması suçlamasına maruz kalan bir şirketin finansal raporlarını yanlış bir şekilde kamuya açıklama fiilini önemli ölçüde azalttığı tespit edilmiştir; WILDE, Jaron H., "The Deterrent Effect of Employee dblowing on Firms' Financial Misreporting and Tax Aggressiveness", **The Accounting Review**, Eylül 2017, Vol. 92, No. 5, s.248 vd.

AB'de ise, 2000'li yılların başına kadar piyasa dolandırıcılığını (manipülasyon) yasaklayan düzenlemeler yapılmamıştır.

2003/6/EC sayılı MAD yürürlüğe girmeden önce, AB'ye üye ülkelerde piyasa dolandırıcılığına ilişkin yasal düzenleme bulunmadığından, MAD'ın öncelikli amacı üye ülkeler arasında mevzuat bütünlüğünün sağlanmasıdır. Bunun yanı sıra, Direktif kuralları, sermaye piyasası araçlarının fiyatlarının doğruluğunu ve güvenilirliğini temin etmek amacıyla tesis edilmiştir. 28 Ocak 2003 tarihinde yürürlüğe giren 2003/6/EC sayılı MAD ile AB düzeyinde ilk defa hem içerden öğrenenlerin ticareti hem de manipülasyon fiilleri, "piyasanın kötüye kullanılması" *(market abuse)* üst başlığı altında bir arada düzenlenmiştir. 2003/6/EC sayılı MAD, piyasa dolandırıcılığına ilişkin olarak, üye ülkeler nezdinde standardize edilmiş ve ortak kurallara bağlanan bir yapı meydana getirmesi bakımından oldukça önem arz etmektedir.

2003/6/EC sayılı MAD, işleme ve bilgiye dayalı manipülasyon olmak üzere iki tür manipülatif fiili düzenlemektedir. Bu noktada önem arz eden husus, anılan Direktif basın özgürlüğü kapsamında gerçekleştirilen faaliyetlere özel bir koruma getirmiştir. 2003/6/EC sayılı MAD 1/2-(c) hükmü uyarınca, basın mensupları tarafından görevleri gereği elde ettikleri tespit edilen bir bilginin yayılması, anılan fiilden doğrudan ya da dolaylı olarak bir avantaj ya da menfaat elde etmedikleri sürece, basın özgürlüğü kapsamında değerlendirilmektedir.

2003/6/EC sayılı MAD hükümleri incelendiğinde, piyasa dolandırıcılığına ilişkin olarak doğrudan uygulanacak bir cezai yaptırımın öngörülmediği anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, anılan Direktif'teki hükümlere aykırı davranılması halinde, üye ülkelerin iç hukuklarına dayanarak cezai yaptırım uygulama yetkisinin bulunduğu görülmektedir. Ancak üye ülkelerin cezai yaptırım uygulaması zorunlu olmayıp, ihtiyari olarak yaptırım tesis edebilmektedir. MAD'ın yürürlükte olduğu dönemde, aralarında İtalya, İngiltere, Fransa ve Hollanda'nın bulunduğu 21 üye ülke tarafından piyasa dolandırıcılığı suçunu işleyen gerçek veya tüzel kişilerin her ikisi hakkında cezai yaptırım uygulanabilirken, bazı üye ülkeler (Çekya, Almanya, Yunanistan, Lüksemburg, Polonya, Portekiz ve İsveç) tarafından ise sadece gerçek kişi hakkında cezai yaptırım uygulanmaktaydı.

ESMA'nın 2012 tarihli Raporu uyarınca, 2008-2010 yılları arasında elde edilen veriler incelendiğinde, her üye ülkenin piyasa dolandırıcılığı fiilini gerçekleştiren kişiler hakkında uyguladığı idari para cezasının alt ve üst sını-

rı değişiklik göstermektedir. Örneğin Fransa'da gerçek kişiler hakkında uygulanan idari para cezasının alt sınırı 100 Euro, üst sınırı 1.500.000 Euro tutarındadır. Piyasa dolandırıcılığı fiilini işleyen tüzel kişiler hakkında Estonya'da tesis edilen idari para cezasının alt sınırı 575 Euro iken, Portekiz'de 5.000.000 Euro tutarında üst sınırdan idari para cezası uygulanmıştır. Ayrıca, üye ülkelerin idari ve cezai yaptırım kararlarını kamuya açıklaması, yaptırım sürecinin bir parçasıdır.

Diğer yandan, AB Komisyonu tarafından, uygulayıcıların 2003/6/EC sayılı MAD'ı etkin bir şekilde uygulamaması, üye ülkeler arasında MAD hükümlerinin uygulanmasının farklılık göstermesi, MAD'da sadece düzenlenmiş (organize) piyasalardaki sermaye piyasası araçlarına ilişkin piyasanın kötüye kullanılması fiilinin düzenlenmesi ve borsa dışı tezgahüstü piyasalarda işlem gören sermaye piyasası araçlarının Direktif'te dikkate alınmaması hususlarının hukuki boşluğa neden olduğu ve Direktif'in piyasanın kötüye kullanılması fiillerinin gerçekleştirilmesini önlemede yetersiz kaldığı belirtilmiştir.

Anılan eleştiriler doğrultusunda, 596/2014 sayılı MAR ve 2014/57/EU CSMAD tarafından 2003/6/EC sayılı MAD yürürlükten kaldırılmıştır. 2003/6/EC sayılı MAD'dan farklı olarak, 596/2014 sayılı MAR, AB'ye üye tüm ülkeler için bağlayıcı ve doğrudan uygulanabilir niteliktedir. MAR, temel olarak MAD ile aynı düzenleme amacını taşımaktadır. Bununla birlikte, MAD hükümlerinden farklı olarak, gelişen teknoloji karşısında sınır ötesi sermaye piyasalarında borsa ve borsa dışı çeşitli platformlardan işlem gerçekleştiren yatırımcıların daha güçlü bir şekilde korunması ve yeni suiistimallerin önüne geçilmesini teminen, MAR hükümleri borsa dışı platformlarda işlem gören türev araçlar dahil tüm sermaye piyasası araçlarını kapsayacak şekilde düzenlenmiştir.

Yürürlükten kaldırılan 2003/6/EC sayılı MAD'a göre 596/2014 sayılı MAR, piyasa dolandırıcılığına ilişkin daha ayrıntılı ve kapsamlı düzenlemeler içermektedir. MAD art.1/2'de işleme ve bilgiye dayalı olmak üzere iki tür manipülasyon düzenlenmiş iken, MAR art.12/1'de işlem ve bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığının yanı sıra gelişen teknoloji karşısında manipülatif işlemlerin çeşitliliğinin artması nedeniyle referans değere *(benchmark)* dayalı piyasa dolandırıcılığı da hüküm altına alınmıştır.

MAR, kural olarak sermaye piyasasındaki tüm aktörlere uygulanmaktadır. Bununla birlikte anılan Tüzük'te gazetecilere karşı özel bir koruma

hükmü getirilmiştir. Buna göre, bilgi açıklaması, yayılması ya da tavsiyede bulunulması gazetecilik ya da diğer bir basın yoluyla ifade açıklaması amacı ile yapılmışsa, bu açıklamaların ya da bilgi yaymanın, basın özgürlüğü ve diğer basın organlarında ifade özgürlüğü ve gazetecilik mesleğini düzenleyen kurallar göz önüne alınarak değerlendirileceği belirtilmiştir.

MAR art.12/1-(d) hükmü uyarınca, referans değer (*benchmark*) hesaplamasını manipüle eden herhangi bir davranış veya girdinin yanlış veya yanıltıcı olduğunu bilen ya da bilebilecek durumda olan kişinin bu girdiyi sağlaması veya yayması yasaklanmıştır. Referans değer manipülasyonuna en önemli örnek, bankaların birbirlerine uyguladıkları referans faiz oranı LIBOR üzerinden gerçekleştirilen "LIBOR skandalı"dır. 2012 yılında İngiliz menşeili uluslararası yatırım bankası Barclays'in 2005-2009 yılları arasında iki çeşit LIBOR manipülasyonunu gerçekleştirdiği ortaya çıkmış ve "LIBOR skandalı" olarak adlandırılan bu hadise, İngiliz hukukunda Finansal Hizmetler ve Piyasalar Kanunu'nun piyasa dolandırıcılığına ilişkin ilgili hükümlerinde önemli değişikliklerin yapılmasına yol açmıştır.

MAR, piyasa dolandırıcılığı fiiline ilişkin üye ülkelerin yetkili otoriteleri tarafından tesis edilecek idari yaptırım/önlemleri düzenlemekle birlikte, cezai yaptırımların ayrı bir mevzuatta asgari standartlar çerçevesinde düzenlenmesi politikası doğrultusunda, 2014/57/EU sayılı CSMAD, piyasanın kötüye kullanılması fiilleri arasında sayılan piyasa dolandırıcılığını belirli şartları sağlaması halinde suç olarak düzenlemiş ve bu fiili cezai müeyyideye bağlamıştır.

MAR art.30/2 hükmü, üye ülkelerin yetkili otoritelerinin piyasa dolandırıcılığına ilişkin tesis edeceği asgari idari yaptırım veya önlemleri belirlemektedir. Ayrıca, MAR art.30/2-(i) hükmü uyarınca gerçek kişiler tarafından piyasa dolandırıcılığının işlenmesi halinde en az 5 milyon Euro tutarında veya bu para birimini kullanmayan üye ülkelerin bu değere karşılık gelen ulusal para birimi tutarında idari para cezası tesis edilmektedir. Tüzel kişilerin anılan ihlali gerçekleştirmesi halinde ise, tüzel kişilerin yönetim organı tarafından kabul edilen son yıllık finansal tabloya göre elde ettiği gelirin en az %15'i tutarında veya 15 milyon Euro veya bu para birimini kullanmayan üye ülkelerin bu değere karşılık gelen ulusal para birimi tutarında idari para cezası tesis edilmektedir. Bu tutarlar üye ülkelerin tesis edeceği idari para cezasına ilişkin asgari oranları göstermekte olup, daha üst bir oran öngörülebilir.

CSMAD'a göre, piyasa dolandırıcılığı fiilinin cezai yaptırıma bağlanabilmesi için, kast unsurunun yanında bu fiilin "ciddi" olarak adlandırılan bir olaya vücut vermesi gerekmektedir. Anılan Direktif'te üye ülkelerin piyasa dolandırıcılığı suçuna uygulanacak cezai müeyyideleri, caydırıcılığı sağlayacak şekilde ve ölçülülük ilkesi doğrultusunda düzenlemesi öngörülmüştür. Bu kapsamda, CSMAD art.7 hükmü uyarınca, piyasa dolandırıcılığı suçunu işleyen gerçek kişi hakkında üye ülkeler tarafından uygulanacak hapis cezasının üst sınırı asgari 4 yıl olmalıdır. Direktif, piyasa dolandırıcılığı suçuna uygulanacak hapis cezasının üst sınırına ilişkin asgari bir sınır getirmekle birlikte, hapis cezasının alt-üst sınırının belirlenmesini, Direktif'te öngörülen asgari şartlara uymak kaydıyla, üye ülkelerin takdirine bırakmaktadır.

Diğer yandan, MAR, piyasa dolandırıcılığı suçunu işleyen kişinin, bu fiil nedeniyle zarar gören yatırımcılara karşı tazmin sorumluluğunu düzenlememektedir. Piyasa dolandırıcılığının koruduğu hukuki menfaat göz önünde bulundurulduğunda, üye ülkelerin piyasa dolandırıcılığı fiiline ilişkin öngörülen yaptırımları etkin bir hale getirecek hukuki sorumluluk mekanizmasının (failin suç neticesinde elde ettiği menfaatin iadesi/yatırımcıların zararının tazmini) oluşturulması gerekmektedir.

Son olarak, MAR, piyasanın kötüye kullanılması fiillerini yasaklamanın yanında üye ülkeleri bu fiilleri yasaklayan hükümlerin etkinliğini sağlamaya yönelik mekanizmalardan muhbirlik sistemini (*whistleblowing*) düzenlemiştir. Piyasa dolandırıcılığı fiilinin işlendiği iddiası ile, bu fiili belirli bir teşvik (para ödülü) ya da koruma (hukuki-cezai sorumluluktan bağışıklık) karşılığında denetleyici otoritelere bildirme sistemine dayanan muhbirlik programı, piyasanın kötüye kullanılmasına yönelik başlatılan soruşturmaların başarılı bir şekilde sonuçlanmasını temin etmektedir. Kanımızca, Türk hukukunda henüz düzenleme alanı bulmayan muhbirlik sisteminin, sınırlı bir şekilde ve sıkı şekil şartlarına bağlanarak uygulanması piyasa dolandırıcılığı fiilinin tespit edilmesini oldukça kolaylaştıracaktır.

KISALTMALAR

art. : Article
bkz. : Bakınız
C. : Cilt
No : Numara
md. : Madde
s. : Sayfa
Sa. : Sayı
Sec. : Section
vd. : Ve devamı
Vol. : Volume

KAYNAKÇA

AKSOY Zeki, **Türk Sermaye Piyasası Hukukunda İçerden Öğrenenlerin Ticareti Suçu**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018.

AVGOULEAS Emilios, **The Mechanics and Regulation of Market Abuse: A legal and Economic Analysis,** Oxford University Press, 2005.

AYDIN Zeynep, Sermaye Piyasası Hukukunda Manipülasyonlara İlişkin Müeyyideler, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006.

BAGOT Sebastian, "A new European framework: MAR and CSMAD", **Securities Markets DG Financial Stability, Financial Services and Capital Markets Union Brussels**, 2016, s.1-18, https://ec.europa.eu/assets/agri/market-sectors/cereals/commodity-expert-group/2016-11-09/dgfisma-bagot-overview-new-eu-legal-framework.pdf (Erişim tarihi 19.9.2019).

BATTEN Jonathan A. / LONCARSKI Igor / SZILAGYI Peter G., "Financial Market Manipulation, Whistle Blowing and the Common Good: Evidence from the LIBOR Scandal", **SSRN Electronic Journal**, Ocak 2017, s.1-31, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2964917 (Erişim tarihi 6.10.2020).

BAYSAL İbrahim Onur, Sermaye Piyasasında Manipülasyon Suçu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011.

CUMMING, Douglas / GROH Alexander Peter / JOHAN Sofia, "Same Rules, Different Enforcement: Market Abuse in Europe", **Journal of International Financial Markets**, Institutions and Money Forthcoming, Haziran 2017, s.1-56, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3047340 (Erişim tarihi 16.8.2020).

ÇETİN Nusret, "Market Abuse Regime in Turkey", **Journal of Banking Regulation**, Vol. 12, 2011, s.227-235.

ÇOŞKUN, Seçil, Sermaye Piyasası Hukukunda Piyasa Dolandırıcılığı Suçu (6362 Sayılı SPKn Md.107), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2020.

DÖNMEZER Sulhi, "Ön Tasarı Hakkında Genel Bilgi", **Ekonomik Suçlar ve Ceza Kanunu Ön Tasarısı Sempozyumu, 17-18 Nisan 1987**.

DURSUN Selman, **Sermaye Piyasasından Gerçeğe Aykırılıktan Doğan Suçlar**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2010.

EVİK Ali Hakan, **Sermaye Piyasası Araçlarının Değerini Etkileyebilecek Aldatıcı Hareketler Yapma (Manipülasyon) Suçları**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004.

FAURE Michael G. / LEGER Claire, "The Directive on Criminal Sanctions for Market Abuse: A Move Towards Harmonizing Insıder Trading Criminal Law at the EU Level?", **Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law**, Vol: 9, Issue: 2, 2015, s.387-427, https://pdfs.semanticscholar.org/2324/5ef8a0bc43ae9195d79b92912394cfdd04fa.pdf?_ga=2.182787814.1110904421.1570618620-1037214612.1570618620 (Erişim tarihi 9.10.2019).

FLEISCHER Holger / SCHMOLKE Klaus Ulrich, "Financial Incentives for Whistleblowers in European Capital Markets Law? Legal Policy Considerations on the Reform of the Market Abuse Regime", **European Company Law**, Vol. 9, No. 5, 2012, s.250-259, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2124678&download=yes (Erişim tarihi 27.10.2020).

FLETCHER Gina-Gail S., "Benchmark Manipulation", **Indiana Legal Studies Research Paper**, No. 344, 2016, s.1929-1982.

GIGUASHVILI Giorgi, "Legal Instruments for the Development of Capital Market", **Journal of Finance, Accounting & Management**, Vol. 8, Issue 1, 2017, s.66-82.

HAFIZOĞULLARI Zeki / ÖZEN Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar**, Ankara, 2012.

HONDU ACAR Esra, Sermaye Piyasası Kanunu Bakımından Kazanç Müsaderesi, **SPK Yeterlik Etüdü**, Ankara, 2005, http://www.spk.gov.tr/SiteApps/Yayin/YayinGoster/380 (Erişim Tarihi 18.12.2020).

KAMIŞLI Melik, **İşlem Bazlı Manipülasyonun Finansal Oranlarla Belirlenmesi İstanbul Menkul Kıymetler Borsasında İstatistiksel Sınıflandırma Analizleriyle Bir Uygulama**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Eskişehir, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008.

KARABACAK Serkan, Açığa Satış İşlemleri, **Sermaye Piyasası Kurulu Yeterlik Etüdü**, İstanbul, 2002, http://www.spk.gov.tr/SiteApps/Yayin/YayinGoster/429 (Erişim tarihi: 20.1.2020).

KARACAN Ali İhsan, **Sermaye Piyasası Hukuku Yazılar**, C. I, Legal Yayınları, İstanbul, 2017.

KLEPITSKIJ Ivan, "Market Manipulation in Russia and in Europe: The Criminal Law Dimension", **Russion Law Journal,** Vol. IV, Issue 3, 2016, s.120-125, https://www.russianlawjournal.org/jour/article/view/181# (Erişim tarihi 9.10.2019).

LIN Tom C. W., "The New Market Manipulation", **Emory Law Journal**, Vol. 66, 2017, s.1253-1314.

MANAVGAT Çağlar, "Sermaye Piyasasında Güncel Sorunlara Hukuki Çözüm Önerileri", **II. Sermaye Piyasaları Arenası, Avrupa Birliğine Doğru Türk Sermaye Piyasasında Sorunlar ve Çözümler**, 2004, s.159-181.

MANAVGAT Çağlar, **Sermaye Piyasasında İşleme Dayalı Manipülasyon ve Özel Hukuk Bakımından Sonuçları (İşleme Dayalı Manipülasyon)**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2008.

MOLONEY Niamh / FERRAN Eilís / PAYNE Jennifer, **The Oxford Handbook of Financial Regulation**, 2015.

MOLONEY Niamh, **EU Securities and Financial Markets Regulation**, Oxford University Press, 2016.

ÖZÇOMAK Suphi / GÜNDÜZ Murat, "Borsa İstanbul'da İşlem Gören Şirketlerin Kapanış Fiyatları ile İşlem Miktarları Arasındaki İlişkinin Fonksiyonel Kanonik Korelasyon ile Analizi", **International Journal of Economic and Administrative Studies**, Yıl.7, No.13, 2014, s. 233-252.

SANCAR Türkan, "Ekonomik Suç Gerçekliği Karşısında "Ekonomik Suç ve Ceza" Söylemi", **Çekler Hakkındaki 3167 Sayılı Kanunla İlgili Adalet Bakanlığı Taslağı ve Karşıt Görüşler Sempozyumu**, Ankara, 2002, s. 1-19.

ŞENSOY Deniz, "Manipülasyon: Piyasa Dolandırıcılığı Suçu, Uygulanacak Tedbirler ve Yaptırımlar", **Ankara Barosu Dergisi**, Sa.3, 2013, s. 371-399.

The LIBOR Scandal, **Review of Banking&Financial Law**, Boston University School of Law, Vol.32, s.2-6, https://www.bu.edu/rbfl/files/2013/09/The-LIBOR-Scandal.pdf (Erişim tarihi 7.3.2020).

TİRYAKİ Tercan / GÜRSOY Türker, "Ekonomik Suç Kavramı ve Sigortacılık Suçlarının Bu Açıdan Değerlendirilmesi", **Sayıştay Dergisi**, Ekim-Aralık 2004, S: 55, S. 53-69.

TURANBOY Asuman, "6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'a Tabi Halka Açık Bankalar Bakımından Piyasa Dolandırıcılığı ve Bilgi Suistimali Suçları", **Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 60. Yıl Sempozyumu**, Aralık, 2015, s. 197-216.

VEIL Redüger, **European Capital Markets Law**, Second Edition, Oxford and Portland, Oregon, 2017.

VERSTEIN Andrew, "Benchmark Manipulation", **Boston College Law Review**, Volume: 56, Issue: 1, 2016, s.215-272.

WILDE, Jaron H., "The Deterrent Effect of Employee dblowing on Firms' Financial Misreporting and Tax Aggressiveness", **The Accounting Review**, Eylül 2017, Vol. 92, No. 5, s.247-280.

YÜCE Aydın Alber, "Sermaye Piyasasında Manipülasyon", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sa. 98, 2012, s.363-388.

İnternet Kaynakları

https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/21227.pdf (Erişim tarihi 12.2.2020).

https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/2015/11/99_096l.pdf (Erişim tarihi 8.11.2020).

https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003L0006&from=en (Erişim tarihi 6.8.2020).

https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003L0124&from=EN (Erişim tarihi:6.8.2020).

https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014R0596&from=EN (Erişim tarihi 26.8.2019).

https://www.esma.europa.eu/regulation/trading/market-abuse (Erişim tarihi 26.8.2019).

https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0522&from=EN (Erişim tarihi 29.8.2020).

https://www.handbook.fca.org.uk/handbook/MAR/1.pdf (Erişim tarihi 27.2.2020).

https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32016R0908 (Erişim tarihi 2.9.2019).

https://www.techtimes.com/articles/142193/20160318/court-acquits-former-porsche-executives-in-volkswagen-share-market-manipulation-case.htm (Erişim tarihi 9.9.2019).

https://www.nytimes.com/2012/12/20/business/global/2-former-porsche-executives-charged-with-market-manipulation.html (Erişim tarihi 10.9.2019).

https://www.stoxx.com/document/Bookmarks/CurrentFactsheets/MDAX.pdf (Erişim tarihi 10.9.2019).

https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R1052&from=EN (Erişim tarihi 16.9.2020).

https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/EN/Aufsichtsrecht/Gesetz/WpHG_en.html;jsessionid=D2E32D32FB9C13464D754CED1455DDA2.1_cid383?nn=8379954#doc7856864bodyText137 (Erişim tarihi 28.2.2020).

https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L1937&from=en (Erişim tarihi: 30.10.2020).

Raporlar

BaFin Annual Report, 2014,

https://www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/EN/Jahresbericht/dl_jb_2014_en.html (Erişim tarihi 13.9.2020).

ESMA, Actual Use of Sanctioning Powers Under MAD Report, Nisan 2012, https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/2015/11/2012-270.pdf (Erişim tarihi 16.8.2020).

Lamfalussy Report, https://www.esma.europa.eu/document/lamfalussy-report (Erişim tarihi 6.8.2020).

The High Level Group on Financial Supervision in EU, Chaired By Jacques De Larosière, 2009, https://ec.europa.eu/economy_finance/publications/pages/publication14527_en.pdf, (Erişim tarihi 26.8.2019).

The Wheatley Review of LIBOR: Initial Discussion Paper (The Weathley Initial Discussion Paper), Ağustos 2012,

https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/191763/condoc_wheatley_review.pdf (Erişim tarihi 8.3.2020).

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2021; 1: 615-647

BİREYSEL BAŞVURU KARARLARINDA CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNA İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLAR BAKIMINDAN MAKUL SÜREDE YARGILANMA HAKKI(*)

Av. **Ensar KURU**(**)

Öz: Şüpheli ya da sanığın soruşturma ve kovuşturma evresinde sahip olduğu temel haklar vardır. Masumiyet karinesi ilkesi ve suçlama hakkında bilgilendirilme, müdafiden yardım alma, tanığa soru sorma gibi haklar ceza davalarında önemli bir yer tutmaktadır. Ulusal ve uluslararası düzenlemelerde korunan adil yargılanma hakkı, yargılamanın mümkün olan en kısa sürede bitirilmesi alt ilkesini de barındırır. Ceza muhakemesi hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar bakımından makul sürede yargılanma hakkının getirdiği güvenceler yadsınamaz. Özellikle tutuklu yargılanan kişilerde muhakemenin hızlı ve kesintisiz bir biçimde yürütülüp bitirilmesi beklenir. Kamu hukuku alanında bu hak; idari yaptırıma ilişkin uyuşmazlıklara değil, cezai uyuşmazlıklara uygulanır. Ancak uyuşmazlığın niteliği esasa bakılmak suretiyle özerk olarak belirlenmektedir. Sürenin makul olup olmadığı ise uyuşmazlığın başlangıç ve bitiş tarihi ile hesaplamada kullanılan değerlendirme ölçütleri göz önüne alınarak tespit edilir. Çalışma kapsamında tüm bu hususlar İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kararları çerçevesinde ele alınacaktır. Sonuç kısmında, kangrenleşen ve adeta kültürel bir tolerans haline gelen yargılamada gecikmeye karşı etkili olabilecek birtakım çare ve alternatifler önerilecektir.

Anahtar Kelimeler: Cezai Uyuşmazlık, Makul Sürede Yargılanma Hakkı, İdari Yaptırım, Bireysel Başvuru, Adli Zaman Yönetimi.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 19.03.2020. Makale Kabul Tarihi: 29.04.2021.

(**) Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi (ORCID no: 0000-0001-7064-0319; *av.ensarkuru@gmail.com*).

RIGHT TO TRIAL WITHIN A REASONABLE TIME IN TERMS OF CRIMINAL PROCEDURE LAW IN THE INDIVIDUAL APPLICATION DECISIONS

Abstract: The suspected or accused has fundamental rights during the criminal investigation and prosecution phases. The principle of presumption of innocence and the right to be informed about the accusation, to benefit from the legal advice of a lawyer and to ask a question the witness is an important in criminal cases. The right to a fair trial, protected by national and international legislation, includes the sub-principle of concluding the trial as soon as possible. It is expected that the proceedings will be fast and uninterrupted, especially for those who are on arrested. This right in the field of public law; it is applied to criminal charge, not administrative sanctions. However, the notion is decided autonomously. Whether the period is reasonable or not is determined by considering the start and end date of the charge and the evaluation criteria used in calculation. Within the scope of the study, all these issues will be tackled with the decisions of individual application in the European Court of Human Rights and the Constitutional Court. In the conclusion part, some remedies and alternatives will be given against the delay in judgment, which has become gangrenous and a cultural tolerance.

Keywords: Criminal Charge, The Right to a Trial within a Reasonable Time, Administrative Sanction, Individual Application, Judicial Time Management.

GİRİŞ

Yargılamaların gereksiz talikler olmadan sonuçlandırılarak adaletin gecikmeksizin tesisi, hukuk sistemlerinin öncelikli amacıdır. Makul sürede yargılanma hakkı[1], ulusal ve uluslararası düzenlemelerde müstakil bir hak olarak düzenlenmemiş olup adil yargılanma hakkı içinde yer verilmiştir. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde (İHAS) adil yargılanma hakkının unsuru olarak tanzim edilmiş makul sürede yargılanma hakkının oldukça geniş bir uygulama alanı bulunmaktadır[2]. Sözleşmenin 6. maddesinin lafzı, etkili-

---

1 Kavramın "çabukluk" şeklinde adlandırılması için bkz. KUNTER Nurullah, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 9. Bası, Yaylacık, İstanbul, 1989, ss. 32-33.; "Hızlılık ilkesi" şeklinde adlandırılması için bkz. ÖZBEK Veli Özer / DOĞAN Koray / BACAKSIZ Pınar, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 13. Baskı, Seçkin, Ankara, 2020, s. 56.; "Yargılamanın hızlılığı" şeklinde adlandırılması için bkz. ÜNVER Yener / HAKERİ Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 15. Baskı, Adalet, Ankara, 2019, ss. 55-58.

2 ÖZKAN-DUVAN Ayşe, "Bireysel Başvuru Kararlarında Makul Sürede Yargılanma Hakkı", **AÜHFD**, C: 68, S. 1, 2019, s. 297.

lik prensibi ile birlikte değerlendirildiğinde bu hak ortaya çıkmaktadır[3]. İç hukukta, anayasal bir hüküm olarak davaların mümkün olan süratle sonlandırılması görevi yargıya verilmiştir[4]. Bu hükümlerin gayesi, tüm hak arayanlar için yargılama faaliyetinin sürüncemede kalmamasını sağlamak ve bilhassa uzun süren davanın sonuç belirsizliğinin kişide oluşturacağı manevi yıpranmaları engellemektir[5]. Bir başka deyişle bireylerin uzun süren davalar sebebiyle maddi ve manevi baskı ile sıkıntılarından korunmasıdır[6].

Adaletin idaresinde onun güvenirliğini ve etkililiğini tehlikeye atacak gecikmeler olmaması lazımdır[7]. Uluslararası yaklaşıma göre de egemenlik hakkı gereği yargılama işlevine sahip olan devletler en hızlı, doğru ve adil bir şekilde sonuç almaya elverişli yapıları kurmalı ve önlemleri almalıdır[8]. Nitekim İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM), yargılama faaliyetinin uzamasını engelleyecek veya uzamasından dolayı ortaya çıkan zararları tazmin edecek çarelerin bulunması gerektiğini belirtmiştir[9]. Çünkü bu hak o kadar mühimdir ki, davanın sonucundan bağımsız bir etkiye sahiptir. Davanın lehe ya da aleyhe sonuçlanması belirleyici olmamaktadır[10]. Diğer bir deyişle; özellikle ceza yargılamalarında kritik bir öneme sahip olan bu hak, muhakeme sonucunda verilen hükmün içeriğiyle ilgilenmemektedir. Ayrıca,

---

3 VİTKOSKAS Dovydas / DİKOV Grigoriy, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Korunması**, 2. Bası, Avrupa Konseyi Yay., 2018, s. 117.

4 *Anayasa 141.madde: "Davaların en az giderle ve* ***mümkün olan süratle*** *sonuçlandırılması, yargının görevidir".;* Sadece yargı (lama) görevi (kastedilen ödev) olarak görülmesinin yanlışlığı ve yasama ile yürütmeye de ödevler yüklenildiği hakkında bkz. KUNTER, s. 33 dipnot.

5 İHAM, Stögmüller / Avusturya, Başvuru No: 1602/62, 10.11.1969, par. 5.

6 ÇELİK Abdullah, **Adil Yargılanma Hakkı Rehberi**, Anayasa Mahkemesi Yay., Ankara, 2014, s. 71.

7 İHAM, Apicella / İtalya, Başvuru No: 64890/01, 29.03.2006, par. 116.

8 GÖLCÜKLÜ Feyyaz / GÖZÜBÜYÜK Şeref, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002, s. 284.; DİNÇ Güney, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Adil Yargılanma Hakkı**, İzmir Barosu Yay., İzmir, 2006, s. 95.

9 Bahçeyaka / Türkiye, Başvuru No: 74463/01, 13.07.2006, par. 13.; Bu kapsamda Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yapılan değişikliklerle ihlali önlemeye ilişkin getirilen düzenlemeler ve uygulamada sorunları azaltmak amacıyla önerilen tedbirler için bkz. ÖZTÜRK Bahri / TEZCAN Durmuş / ERDEM Mustafa Ruhan / SIRMA-GEZER Özge / SAYGILAR-KIRIT Yasemin Filiz / ALAN-AKCAN Esra / ÖZAYDIN Özdem / ERDEN-TÜTÜNCÜ Efser / ALTINOK-VILLEMIN Derya / TOK Mehmet Can, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 14. Baskı, Seçkin, Ankara, 2020, ss. 129-132.; Ayrıca Avusturya ve Kosova Ceza Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenen soruşturma evresinde süre sınırları için bkz. ÜNVER / HAKERİ, s. 55.

10 GÖKPINAR Mahmut, **Adil Yargılanma Hakkının Asgari Gerekleri Karşısında Türk Kamu Hukuku**, Adalet, Ankara, 2008, s. 69.

önceki tarihli kararlarında[11] İHAM, iç hukukta makul sürede yargılanma hakkını koruyacak etkin bir çarenin varlığını değerlendirmemekteydi[12]. Artık bu hakka yönelik ihlallerin hukuk devletini tehlikeye düşürecek aşamaya geldiği noktada ayrıca etkili başvuru yolu açısından da ihlalden bahsedilecektir[13]. Şüphesiz bir hukuk sisteminde muhakeme süresinin uzunluğu karşısında en etkili ve uygun çözüm, yargılamaları hızlandıran önleyici hukuk yoludur. Buna imkân veren bir yol, tazminatı öngören çarelere karşı daha üstündür. Çünkü hem mağduriyete sebebiyet verilmemekte hem de denetim ihlalden sonraya kalmamaktadır[14].

Çalışmanın konusu ceza muhakemesi hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar bakımından makul sürede yargılanma hakkı olduğundan; ilk bölümünde, öncelikle cezai uyuşmazlık kavramı kapsam ve içeriği ile açıklanacaktır. Sonrasında bu kavramın idari yaptırıma ilişkin uyuşmazlıklarla arasındaki farka karşılaştırılmalı şekilde yer verilecektir. İkinci bölümde, makul sürenin hesaplanması ve sürenin hesaplanmasında kullanılan değerlendirme ölçütleri açıklanacaktır. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kararları çerçevesinde bu hususlar ele alınacaktır. Sonuç kısmında ise yargılamada gecikmeye karşı etkili olabilecek birtakım çare ve alternatifler önerilecektir.

I. CEZAİ UYUŞMAZLIK KAVRAMI VE İDARİ YAPTIRIMA İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

Hukuk devletinde var olması gereken kanunilik ilkesinin sonucu olarak, işlenen suçlar karşısında öngörülen yaptırımların önceden bilinmesi gerekir. Hangi fiillerin suç olarak tanımlanacağı sorunu ise devletlerin tasarrufundadır. Aynı eylem bir ülkede suç olarak yer alırken başka bir ülkede suç olarak düzenlenmemiş olabilir. Makul sürede yargılanma hakkı bakımından ne tür durumların cezai uyuşmazlık sayılacağı ve buradan hareketle makul sürede yargılanma hakkına sahip olunup olunmayacağı tespit edilmelidir.

---

[11] Örnek bir karar için bkz. Kudla / Polonya, Başvuru No: 30210/96, 26.10.2000, par. 151.

[12] BAŞAR Mükerrem Onur, **Avrupa İnsan Hakları Çerçevesinde Makul Sürede Yargılanma Hakkı**, 12 Levha, İstanbul, 2011, s. 69.

[13] İNCEOĞLU Sibel, **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-4**, Avrupa Konseyi Yay., 2018, ss. 265-266.

[14] DOĞRU Osman / NALBANT Atilla, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar**, 2. Cilt, Pozitif Matbaa, Ankara, 2013, s. 568.

1. Cezai Uyuşmazlık Kavramı[15]

Sözleşmenin 6. maddesi en basit ceza yargılamasından en karmaşık olana kadar hepsine tatbik edilir. Hatta yasama dokunulmazlığına sahip milletvekilinin görev sonuna ertelenen ceza yargılamalarında kendisini savunmak için yasama dokunulmazlığını kaldıramaması durumu bile "cezai uyuşmazlık" kavramına girmektedir. Her ne kadar ceza yargılamasından belli bir netice elde etme başka bir deyişle, beraat ya da mahkûmiyet hükmüne ulaşma şeklinde bir hak madde kapsamında yer almasa da hakkında açılan ceza davasında kişinin makul bir sürede yargılanma hakkı talep etmesi son derece doğaldır[16]. Söz konusu cezanın görece basitliği veya konusunun ehemmiyetsiz oluşu yargılamanın cezai niteliğini, uyuşmazlığın cezai karakterini etkilemez[17]. Ancak yeniden yargılama için yapılan başvurular ya da ihlal tespit edildikten sonra ceza yargılamasının tekrar açılması yönündeki istekler cezai özellik teşkil etmez. Çünkü cezası kesinleştikten sonra dosyanın yeniden açılmasını talep eden kişiye bir uyuşmazlık yöneltilmiş değildir. Eğer talep ya da başvuru sonucunda dosyanın yeniden açılmasına karar verilirse yeni yargılama ile karar düzeltme davası cezai başlık kapsamına girer[18].

Sözleşmede yer alan cezai uyuşmazlık kavramı otonom bir anlam taşıdığından şekilsel ifadeden ziyade esasa dair manasının tercih edilmesi öngörülmüştür[19]. İHAM; *Engel ve Diğerleri / Hollanda* başvurusunda bu kavramın iç hukuktaki tarifi ile bağlı olmadıklarını, özerk bir kavram olduğunu vurgulamıştır[20]. Mahkemenin bu yaklaşımından dolayı iç hukukta eylemin

---

15 Kunter'e göre iddia ve savunma makamı beyanlarının mütalaa niteliği ve uyuşmazlığı kesin şekilde çözen kararın da yargı olarak ifade edildiği göz önüne alındığında kolektif hükümle çözülecek uyuşmazlık yerine yargı ile yarılacak uyuşmazlık (kısaca yargılanacak uyuşmazlık) denilmektedir, KUNTER, s. 277.

16 İHAM, Kart / Türkiye, Başvuru No: 8917/05, 03.12.2009, par. 67-70.

17 İHAM, Öztürk / Almanya, Başvuru No: 8544/79, 21.02.1984, par. 54.

18 DOĞRU Osman / NALBANT Atilla, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar**, 1. Cilt, Şen Matbaa, Ankara, 2012, s. 616.

19 İHAM, Deweer / Belçika, Başvuru No: 6903/75, 27.02.1980, par. 42-44, Bu olayda idare, fiyatları düzenleyen kanuna aykırı hareket ettiği için başvurucuya işyerinin geçici olarak kapatıldığını ve bir miktar para öderse ceza yargılamasından vazgeçileceğini teklif eden bir yazı göndermiştir. Mahkeme olayın cezai karakter gösterdiğini tespit etmiştir.; Şekli kriter yerine maddi kriterin değerlendirmede dikkate alınması sonucu bazı idari davaların da nitelikleri sebebiyle bu madde kapsamına alınmasının mümkün olduğu hakkında bkz. GÖLCÜKLÜ Feyyaz, "Yargılama Makamları Önünde 'Makul Süre'", **İnsan Hakları Merkezi Dergisi**, Mayıs-Eylül 1991, C: 1, S. 2-3, s. 4.

20 Engel ve Diğerleri / Hollanda, Başvuru No: 5100/71, 08.06.1976, par. 81.; MAHONEY Paul, "Right to a Fair Trial in Criminal Matters Under Article 6 E.C.H.R.", **Judicial Studies Institute Journal**, Vol. 4, No. 2, 2004, ss. 109-111.

hem ceza yargılamasına hem disiplin yargılamasına konu olmasını sağlayan karma bir biçimde düzenlenmesi bir öneme sahip değildir. Ayrıca, bu kavram "Sözleşmenin anlamı dâhilinde" anlaşılmalıdır[21]. Ancak burada üzerinde durulması gereken metinde geçen ifade teknik veya hukuki anlamda değil, "cezai alanda suçlama yöneltme" manasında değerlendirilmiştir[22]. Uyuşmazlığı yönelten makam ya da bildirimin şekli, zamanı mühim değildir. Ceza ile idari yaptırım arasındaki farkı ortaya koymak açısından bildirimin içeriğine bakılması gerekmektedir. Sözleşme md.6/1'de korunan alan sadece ceza muhakemesi hukuku bakımından suçlar için geçerli olup, idari yaptırımlar kapsam dışındadır[23]. Bir başka deyişle, uyuşmazlığın bildirildiği andan itibaren makul süre işlemeye başlayacağından 6. maddede belirtilen uyuşmazlığın cezai alanda olması gerekir[24].

Yetkili makamlar tarafından bir suç işlediğine dair iddiaya havi resmi bildirim kişiye yapılır[25]. Bu bildirim, herhangi bir şekil şartına bağlı olmadığından yazılı bir bildirim gerekli değildir. Kaldı ki arama, gözaltına alma gibi esaslı bir biçimde etkilenilen durumlarda da uyuşmazlık yöneltilmiş sayılır. Ulusal hukukta suç kapsamına alınan fiil neticesinde özgürlüğünden mahrum kalan birey açısından makul sürede yargılanma hakkından söz edilebilir. Çünkü eylemin iç hukukta suç olarak düzenlenmiş olması başlangıç olarak *(ad initium)* yeterlidir[26]. Bu başlangıç noktasından Mahkemenin, taraf devletlerin suç olan bir eylemi suç olmaktan çıkarmaya yani cezasızlaştırmaya yönelik tasarruflarına karşı olduğu anlamı çıkmamalıdır[27]. Ancak fiilleri ceza hukuku alanı dışına çıkarma hususunda takdiri üye devletlere bırakmak Sözleşmenin amacı ve konusuyla uyuşmayan neticelere sebebiyet verebilir[28]. Fiil ulusal kanunlarda suç olarak düzenlenmediyse o zaman diğer

---

21 İHAM, König / Almanya, Başvuru No: 6232/73, 28.06.1978, par. 88.

22 GÖLCÜKLÜ, 1991, s. 5.

23 ÇIRAK Ezgi, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkının Uygulama Alanı", **D.E.Ü. HFD**, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, C: 21, Özel Sayı, 2019, s. 1016.

24 DUTERTRE Gilles, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler**, Avrupa Konseyi Yay., 2003, s. 151.

25 İHAM, Serves / Fransa, Başvuru No: 20225/92, 20.10.1997, par. 42.

26 ALTINKÖK Serhat, "Bireysel Başvuru Açısından Suç Şüphelisi Olan Kişinin Yakalanması ve Tutulması/Gözaltına Alınması", **AÜHFD**, C: 68, S. 2, 2015, s. 282.

27 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, **Adil Yargılanma Hakkı-Sözleşmenin 6.Maddesi-Ceza Hukuku Yönü**, Avrupa Konseyi Yay., 2014, s. 7.

28 İHAM, Öztürk / Almanya, par. 49.

unsurlar bakımından değerlendirme yapmak gerekecektir. İHAM, *Lutz / Almanya* başvurusunda uyuşmazlığın niteliği ile yaptırımın niteliği ve ağırlığı açısından değerlendirme yapılabileceğini ancak her iki ölçütün aynı anda gerçekleşmesine gerek olmadığını, birinin varlığının yeterli olacağını (alternatif yaklaşım) belirtmiştir[29]. Ancak her iki ölçüt ayrı ayrı değerlendirildiğinde kesin olarak bir sonuç ortaya çıkmıyorsa iki ölçüt birlikte (kümülatif yaklaşım) ele alınabilir[30].

Uyuşmazlığın niteliği ölçütü değerlendirilirken ele alınan en temel nokta, üye devletlerce fiile nasıl yaklaşıldığıdır. Üye devletlerin büyük bir çoğunluğunda fiil hukuka aykırı ve cezalandırılabilir ise (ortak payda anlayışı) cezai alanda görülmektedir. Bundan dolayı Mahkeme, soruşturma devam ederken soruşturma hakkında bilgilerin açıklanmasını veya yayılmasını suç kapsamına almaktadır[31]. Ayrıca söz konusu uyuşmazlık hakkında niteleme yapılırken düzenlenen hukuk kuralının herkes üzerinde bağlayıcı bir etkiye mi yoksa sadece belirli bir gruba mı yönelik olduğu göz önünde bulundurulur. Diğer etmenlere örnek olarak, davanın kanun tarafından belirlenmiş infaz yetkilerine sahip bir kamu mercii tarafından açılıp açılmadığı ile öngörülen cezaya hükmedilmesinin bir suçluluk belirlemesine dayanıp dayanmadığı gösterilebilir[32].

Yaptırımın niteliği ve ağırlığı ölçütünde ise ilk olarak yaptırımın niteliği ve hizmet ettiği amaç bakımından, ikinci olarak yaptırımın ağırlığı bakımından bir inceleme söz konusudur. Çünkü suçların karşılığında ceza öngörüldüğü, diğer hukuka aykırı fiillerde başka yaptırımlar uygulandığı varsayılsa bile salt yaptırım ölçü alınarak ayrım yapılması yanlış olur[33]. Burada ilk incelenmesi gereken husus yaptırımın hangi amaca hizmet ettiğidir. Ulusal hukuk düzenlemelerinde caydırma ya da önleme amacından ziyade cezalandırma amacının ağır bastığı görülüyorsa suçtan bahsedilecektir. Fiziksel olarak hür kalınmaya atfedilen önem gereği kısa bir süre özgürlüğün kaybe-

---

29 Lutz / Almanya, Başvuru No: 9912/82, 25.08.1987, par. 55.

30 İHAM, Lauko / Slovakya, Başvuru No: 26138/95, 02.09.1998, par. 57.; Jussila / Finlandiya, Başvuru No: 73053/01, 23.11.2006, par. 31.

31 İNCEOĞLU Sibel, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı-Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler**, Beta, İstanbul, 2002, s. 87.

32 DOĞRU / NALBANT, 2012, s. 616.

33 DÖNMEZER Sulhi / ERMAN Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, Cilt II, 14. Bası, Der Yay., İstanbul, 2019, s. 33.

dilmesi hali hariç olmak üzere kişinin özgürlüğünü kaybetmesi ağır bir yaptırım olarak görülmektedir. Bu tarz kişinin özgürlüğünden alıkoyulması sonucu doğuran durumlar 6. madde güvencesinden yararlanmaktadır[34]. Yaptırımın ağır olup olmadığı değerlendirilirken düzenlemede öngörülen üst sınıra bakılarak karar verilmektedir.

2. İdari Yaptırıma İlişkin Uyuşmazlıklarla Karşılaştırılması

A. Disiplin Yaptırımlarına İlişkin Uyuşmazlıklarla Karşılaştırılması

Ceza kavramı ve cezanın varlığı hususu, Sözleşme'nin 7. maddesine göre bir suçu takip eden mahkûmiyet sonucunda verilen bir cezanın mevcudiyetine göre belirlenecektir. Yargılamanın ceza hukuku veyahut da idare (disiplin) hukuku ile ilgili olup olmadığı mühimdir. Devlet, fonksiyonlarını daha iyi yerine getirebilmek için kendi bünyesine serbest irade ile katılan ve kamu hizmeti gören kişilerin disiplinlerini iç düzene ilişkin kurallarla sağlamaktadır. İdare, belirlenmiş kurallara aykırı davrananlar hakkında ikaz edici ve uslandırıcı mahiyette bir yaptırım uygulamaktadır. Bu yaptırımın amacı faaliyet gösteren kişilerin cezalandırılmaları değil tamamen disipline edilmeleridir[35]. Disiplin yaptırımları nitelikleri itibariyle cezalara göre genellikle daha hafiftir ve adli sicile işlenmez yani sınırlı bir etkiye sahiptirler. Diğer taraftan ceza muhakemesi hukukunda daha fazla güvence söz konusudur[36].

İç hukuk mevzuatında ceza hukuku kapsamında bir uyuşmazlığın mevcudiyeti, 6. maddenin güvencesini kendiliğinden devreye sokmaktadır. Diğer bir deyişle, İHAM tarafından disiplin yaptırımı olarak kabul edilebilecek bir fiile ulusal hukukta ceza hukuku alanında yer verilmişse bu suça ilişkin yargılama faaliyeti md.6/1'in sağladığı korumalardan yararlanır[37]. Ancak ceza hukuku çerçevesinde suç olarak düzenlenmese bile Mahkeme bazı durumları "özerk/otonom kavram" yaklaşımı gereği suç olarak değerlendirebilmektedir. Bu sebeple bazı disiplin müeyyidelerini de 6. madde kapsamında görüp, makul sürede yargılanma hakkının ihlal edilip edilmediğini ince-

---

34 İNCEOĞLU, 2002, ss. 94-95.

35 MAHMUTOĞLU Fatih Selami, **Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda (İdari Ceza Hukukunda) Yaptırım Rejimi**, Kazancı, İstanbul, 1995, s. 121.

36 DOĞRU / NALBANT, 2012., s. 616.

37 İNCEOĞLU Sibel, **Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği**, Şen Matbaa, Ankara, 2007, s. 19.

lemektedir. Nitekim İHAM; *Campbell ve Fell / Birleşik Krallık* başvurusunda sözleşmeye taraf devletlerin disiplin hukuku ile ceza hukuku arasında ayrım yapmasını Sözleşmeye aykırı bulmamakta, bununla birlikte bu ayrımın Mahkeme açısından belirleyici olmadığını, geniş serbestlik tanınmasının Sözleşmenin amacına ve konusuna uygun düşmeyen neticelere sebebiyet verebileceğini belirtmiştir[38]. Bu durumda üye devletin bir eylemi mevzuatında disiplin yaptırımını gerektirecek şekilde niteliğe büründürdüğünde Mahkemeyi "cezai" alana fuzuli bir tecavüz etmediğine ikna etmesi elzemdir[39].

Disiplin yaptırımını gerektiren eylemler ele alınırken düzenlemeden tüm bireylerin mi yoksa sadece özel bir rejim altında bulunan kişilerin mi etkilendiği tespit edilmelidir. Bütün bir toplumu etkisi altına alabilecek potansiyele sahip bir düzenleme 6. madde kapsamında değerlendirilir[40]. Sadece belirli bir rejim içinde yer alanlara uygulanıyorsa yaptırımın veriliş amacına, niteliğine ve ağırlığına bakmak gerekecektir. Kişiyi cezalandırma amacı güdülüyorsa maddenin güvencesinden yararlanılır. Ancak özel bir rejimin iç işleyişinin düzgün devam etmesi emeline yönelikse bu kez son ölçüt olan cezanın ağırlığına yönelik değerlendirme yapılır. Cezaevi rejimi altında bulunan kişilerin fiilleri neticesinde uygulanan yaptırımlar cezai anlamda bir suçlamanın esasıyla ilgili olmaması nedeniyle ilke olarak ceza muhakemesi hukukuna ilişkin uyuşmazlık kapsamına girmemektedir[41].

İHAM, yukarıda değinilen *Engel ve Diğerleri / Hollanda* başvurusunda askeri disiplin yaptırımı bakımından birkaç ay süreyle askeri disiplin birimine kapatılmayı "cezai alan" kapsamına almıştır[42]. Mahkeme bu tespiti yaparken, öncelikle fiilin disiplin hukuku alanında mı yoksa ceza hukuku alanında mı veyahut da karma bir alanda mı düzenlendiği şeklinde biçimsel veriyi ortak payda anlayışı çerçevesinde incelemiştir. Sonrasında, fiilin gerçek niteliği esas önemi taşımaktadır. Silahlı kuvvetlerin iç işleyişiyle alakalı kurala muhalefetten dolayı disiplin yaptırımı uygulanması denetimi engellemez. Verilecek olası yaptırımın ağırlığı da göz önüne alındığında "salt" disiplin hadisesi olarak görmek mümkün değildir. Çünkü hukukun üstünlü-

---

38 Campbell and Fell / Birleşik Krallık, Başvuru No: 7819/77-7878/77, 28.06.1984, par. 68.

39 DOĞRU / NALBANT, 2012, s. 657.

40 İNCEOĞLU, 2002, s. 86.; Toplumsal düzeni bastırma yolu ile koruma gayesiyle cezayı öngören eylemler suç iken kısıtlı bir bölüme dair düzeni korumak gayesiyle müeyyide altına alınan eylemler disiplin yaptırımını öngören hareketlerdir. Bkz. DÖNMEZER / ERMAN, s. 41.

41 İHAM, Boulois / Lüksemburg, Başvuru No: 37575/04, 03.04.2012, par. 85.

42 Engel ve Diğerleri / Hollanda, par. 85.

günü benimseyen toplumlarda süresi, niteliği ve infaz şekli açısından önemli bir zarar doğurmayanlar hariç olmak üzere, caydırıcı bir emelle verilen tüm özgürlükten yoksun bırakma yaptırımları ceza hukuku uyuşmazlığı kapsamındadır[43]. Askeri disiplin ihlalleri sebebiyle ordudan ihraç edilmeyi ise cezai bir uyuşmazlık olarak görmemektedir[44]. Mesleki disiplin işlemleri hakkında kişisel başlığın kapsamına gireceğinden bahisle ayrıca "cezai uyuşmazlık" başlığı altında değerlendirme yapmamaktadır. Zorunlu olarak emekliye ayrılan memurun disiplin yargılamasında ulusal mercilerin kararları salt idari alanda kalmaktaysa 6. madde kapsamında cezai alanla ilgili olmadıkları değerlendirilmektedir[45]. Emeklilik haklarının yitirilmesi, meslekten ihraç gibi ağır neticeleri olan disiplin yaptırımları karşısında kamu görevlilerinin mesleğe ilişkin güvencelerinin ve özlük haklarının 6. madde kapsamına alınmaması olumsuz sonuçlara yol açabilir. En azından medeni hak ve yükümlülükler açısından güvenceden yararlandırılmaları ise hakkaniyete uygundur[46].

Cezaevinin iç işleyişini ilgilendiren, düzene karşı gelen eylemler karşısında öngörülen yaptırımlar ise uyuşmazlığın niteliği ve yaptırımın ağırlığına göre 6. madde kapsamına girebilir. İnfaz koruma görevlisine saldırı neticesinde verilen yedi gün hapis cezası ile koşullu salıverme memurunu öldürmekle tehditten ötürü öngörülen kırk gün ek hapis cezası buna örnektir[47]. Diğer yandan hapis cezasını uzatmayan hücre cezası, cezaevinde tutuklu ya da hükümlünün hareketlerine getirilen kısıtlama ve yüksek güvenlikli gözetim birimine alınma şeklindeki yaptırımlar ise disiplin hukuku kapsamında görülmektedir. Ancak söz konusu tedbirlerin şartları varsa 6. maddenin "kişisel haklar" başlığı altında incelenmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır.

Koşullu salıverilme rejiminin değiştirilmesi ya da cezada indirim yapılmasından vazgeçilmesi şeklinde infaza yönelik alınan tedbirler ya da ilgili davalar kural olarak cezai uyuşmazlık kapsamına girmemektedir. Bu gibi durumların muğlak olduğu, net bir ayrım yapılmasının da zor olduğu eklenmelidir. Çünkü hükümlü disiplin yaptırımı sonucunda indirimi kaybettiği

---

43 DOĞRU / NALBANT, 2012, s. 616, 657-658.

44 İHAM, Suküt / Türkiye, Başvuru No: 59773/00, 11.09.2007.

45 DOĞRU / NALBANT, 2012, s. 617.

46 ÇIRAK, s. 1021.

47 İHAM, Ezeh ve Connors / Birleşik Krallık, Başvuru No: 39665/98 ve 40086/98, 09.10.2003.

takdirde hapis cezasını indirimsiz haliyle çekmek zorunda kalır. Önceden hesaplanmış tahliye günü özgürlüğüne kavuşamayan hükümlünün haklı beklentisi boşa çıkmaktadır. Bir süre daha cezaevinde kalmayı sürdüren bir yaptırım, özgürlükten yoksun bırakmaya çok yaklaştığından Sözleşme'nin amacı göz önüne alındığında 6. maddedeki güvencelerden yararlanmalıdır[48].

B. Diğer İdari Yaptırımlara İlişkin Uyuşmazlıklarla Karşılaştırılması

Bir ülkede bulunmaktan ötürü rızası aranmaksızın bireyin düzene ilişkin kurallara uyması beklenir. Yaşadığı toplumun gerekli gördüğü ancak bu düzene aykırılık teşkil eden eylemler kabahat olarak adlandırılmaktadır[49]. Ceza muhakemesi hukuku ile idare hukukunun kesişim noktasında bulunan ve herkese uygulanan kabahatler, 5237 s. Türk Ceza Kanunu kapsamı dışına çıkarılmıştır. İdari yaptırım öngörüldüğü durumlarda ceza mahkemelerince denetim yapılması da kabahatler hukuku ile ceza muhakemesi hukuku arasında bir paralellik olduğunu göstermektedir[50]. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin İdari Yaptırımlarla İlgili Üye Devletlere Yönelik R (91) 1 Sayılı Tavsiye Kararı İlke 4'te idari makamların işin koşullarını dikkate alarak makul bir çabuklukla hareket etmelerini öngörmektedir. Ancak disiplin yaptırımları tavsiye kararın dışında tutulmuş olup sadece kabahat karşılığı öngörülen idari yaptırımlar için geçerlidir[51].

İdari yaptırımlardan yaygın olarak uygulananı; sosyal düzeni bozucu davranışları engellemek ve bireyi ihmalkarlığından ötürü ikaz etmek için idarenin yargı organına başvurmaksızın bizzat tatbik ettiği ve bir miktar paranın alınması şeklinde gerçekleşen mali özellikli, idari nitelikteki para cezasıdır[52]. Bu tip yaptırımların hangi amaçla verildiği önem teşkil etmektedir. Yeniden suç işlenmesinin engellenmesi gayesiyle caydırıcı niteliğe mi haiz olduğu, yoksa sebep olunan bir zarardan dolayı maddi tazminata karşılık mı alındığı ayrımı yapılmaktadır. Sadece vergi matrahı ile ilgili davalara ve vergi mercileri nezdinde ortaya çıkan zararın telafi edilmesi gayesini barındıran geç ödeme faiziyle ilgili davalara 6. madde uygulanmaz. Benzer şekilde seçimlerde adaylıktan çıkarma veyahut da fazla harcama yapma sebebiyle hazineye bir miktar para ödeme gibi

---

48 DOĞRU / NALBANT, 2012, s. 617, 658.

49 MAHMUTOĞLU, s. 133.

50 AKBULUT Berrin, **Türk Ceza Kanunu ile Kabahatler Kanununun Genel Hükümlerinin Yaptırım Hükümleri Dışında Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi**, Adalet, 2010, s. 22-23.; ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ, ss. 47-48.

51 KANGAL Zeynel Temel, **Kabahatler Hukuku**, 2. Baskı, 12 Levha, İstanbul, 2019, s. 5, 547-550.

52 MAHMUTOĞLU, ss. 138-139.

seçim yaptırımları da cezai uyuşmazlık olarak görülmemektedir[53]. Caydırıcılık niteliği ve cezalandırma amacı ağır basıyorsa idari nitelikteki para cezası yaptırımı artık cezai uyuşmazlık kavramına dâhil edilecektir. Nicelik kriterini kullanarak kabahat ve suç ayrımını belirleyen[54] Anayasa Mahkemesi ise herhangi bir değerlendirmeye tabi tutmadan tüm kabahat eylemleri nedeniyle uygulanan idari yaptırımlara ilişkin uyuşmazlıkların Sözleşme'nin 6. maddesi koruma alanı içerisinde yer aldığını tespit etmiştir[55].

Vergi düzenlemelerine aykırı hareket edenlere uygulanan idari yaptırımlara ayrı bir parantez açmak faydalı olacaktır. Vergi borcu olan kişiyi ödemeye zorlamak amacıyla hapsedilmesini öngören kural, cezalandırma amacı taşıması ve herkese uygulanma potansiyeli bulunan genel nitelikte kural olmasından dolayı ceza muhakemesi hukukuna ilişkin uyuşmazlıktır. İHAM, *Bendenoun / Fransa* başvurusunda vergi düzenlemelerinden kaynaklı uyuşmazlıkları dört faktör yönünden ele almıştır. İlk olarak, başvurucuya yöneltilen uyuşmazlığın Genel Vergi Kanunu'ndan kaynaklandığını belirlemiştir. İlgili hüküm, belirli bir statüye sahip özel bir grubu değil, vergi mükellefi sıfatıyla tüm vatandaşları kapsamaktadır. Düzenlemeye aykırı hareket edenlere yaptırım öngörmektedir. İkinci olarak; ek vergi yaptırımı, zararı karşılamak için yani maddi tazminat olarak değil esasen eylemin yeniden tekrarlanmasını engellemek olarak tasarlanmıştır. Üçüncüsü, amacı hem önleyici hem de cezalandırıcı olan genel bir yasaya dayanmaktadır. Son olarak, ek ücretler çok önemli olup ödeme yapılmazsa ceza mahkemeleri tarafından hapis uygulanması tehlikesi ile karşılaşılmaktadır. Mahkeme, davanın çeşitli yönlerini değerlendirdikten sonra yaptırımın ağırlığına dikkat çekmiştir. Hiçbir kriter tek başına belirleyici değildir, ancak birlikte ele alındığında uyuşmazlığa "cezai karakter" vermektedir[56].

---

53 DOĞRU / NALBANT, 2012, ss. 617-618.

54 AYM, E. 2017/103, K. 2017/108, 31.05.2017, par. 13.; Mahmutoğlu, suç ile idari yaptırım gerektiren eylem arasındaki ayrımın hangi yaptırımın uygulandığına bakmak suretiyle çözülebileceğini ve bunun da tamamen yasa koyucunun suç politikası ile ilgili bir tercihi olduğunu ileri sürmektedir. Suçlar ve düzene aykırılık teşkil eden eylemler arasında niteliksel ya da niceliksel ayrım yapmaktan ziyade tabi olduğu hukuksal rejime bakılmasını ifade eder. Çünkü yasa koyucu toplumsal ihtiyaçları dikkate alarak eylemi önem derecesine göre ya ceza yargılamasına ya da idarenin tasarrufuna bırakmaktadır. Sonuçta bir eyleme hangi isim verilirse verilsin farklı hukuksal rejim öngörülmektedir. Bkz. MAHMUTOĞLU, ss. 86-93, 129.

55 AYM, Remzi Durmaz Başvurusu, Başvuru No: 2013/1718, 02.10.2013, par. 26.

56 Bendenoun / Fransa, Başvuru No: 12547/86, 24.02.1994, par. 47.; İNCEOĞLU, 2002, ss. 94-97.; Devletin farz edilen bazı zararlarını karşılamak ve gidermek amacıyla öngörülen yaptırımlar tamamen mali niteliktedir ve dolayısıyla vergi cezasını gerektiren bir eylem söz konusudur. Buna karşılık kabul edilen yaptırım cezalandırma amacına yönelmiş ise artık diğer suçlardan farkı olmayan bir vergi suçudur. Bkz. DÖNMEZER / ERMAN, ss. 52-53.

Bu noktada *"de minimis non curat preator"* ve *"chill effect"* kavramlarına değinmek gerekecektir. 2010 yılında yürürlüğe giren ek 14 numaralı protokolle önemli bir dezavantaj getirmeyen az miktardaki para cezalarını içeren başvurular, "yargıç küçük şeylerle meşgul edilmemeli" yaklaşımı gereği kabul edilebilir bulunmayabilir. Ancak bazı durumlarda Mahkeme, "bastırıcı etki" olarak kullanılmasının önüne geçmek için kabul edilemez bir başvuruyu kabul edilebilir bulup ihlal kararı verebilir. Çünkü hafif veya önemsiz görülebilen bir idari para cezası ya da diğer bir idari yaptırım muhatap üzerinde doğurduğu etki itibariyle bu kapsama girebilir. Ulusal hukukun ödeme yapılmaması durumunda başvuran şirketin varlıklarına el konulmasına ve daha da önemlisi mahkemenin inceleme için yöneticilerinin bir yıla kadar tutuklanmasına imkân vermesi bu duruma örnek olarak verilebilir[57].

Ceza muhakemesi hukuku kapsamına giren diğer eylem ve yaptırımlara örnek olarak; para cezası veya ehliyetine el konulması şeklinde kısıtlamaya olanak tanıyan trafik suçları, komşuluk hukukuna aykırılık kabahati, asayişi bozan ya da rahatsızlık veren kişilere yönelik hafif suçlar, sosyal güvenlik mevzuatına aykırı olarak sigortaya bildirmeme neticesinde verilen para cezası[58] gösterilebilir. Ayrıca finansal ve rekabet hukukuna dair alanlarda yetkili bulunan idari mercilerin, mali ve bütçesel konularda yetkili mahkemenin verdiği cezalar da 6. madde kapsamındadır. Siyasi partilerin kapatılması, seçim yaptırımları, anayasanın ağır ihlali sebebiyle ülke başkanının görevden alındığı davalarla birlikte yabancıların sınır dışı edilmesine ilişkin davalar ise ceza muhakemesi hukuku alanında görülmemektedir[59].

Son olarak; idarenin kişinin suçlu olup olmadığı tespitini amaçlayan önleyici müdahaleleri, cezadan çok tedbir niteliğinde görüldüğünden cezai uyuşmazlık kavramı içine girmemektedir[60]. Ancak etnik düşmanlığı körüklediği iddiasıyla yayına el konulması ya da müsaderesi çoğu zaman önleyici

---

[57] İHAM, Garyfallou Aebe / Yunanistan, Başvuru No: 93/1996/712/909, 24.09.1997, par. 34.

[58] İHAM, Turan / Türkiye, Başvuru No: 11529/02, 04.03.2008.

[59] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Adil Yargılanma Hakkı-Sözleşmenin 6.Maddesi-Ceza Hukuku Yönü, ss. 10-11.

[60] İNCEOĞLU, 2002, s. 100.; Başvurucu hakkında yasal sınırın üzerinde alkollü şekilde araç kullanırken trafik kazasına karıştığı sebebiyle sürücü ehliyetinin hemen geri alınmasına karar verilmiştir. İHAM, işlemin ceza mahkemelerince verilen araç kullanmaktan yasaklamadan farklı geçici bir tedbir olduğunu ve cezalandırma amacının bulunmadığını saptamıştır. Tedbirin sadece 15 günlük bir süreyle sınırlı olduğu göz önüne alındığında "idari karakter" ağır basmaktadır. Bkz. Escoubet / Belçika, Başvuru No: 26780/95, 28.10.1999, par. 33-39.

tedbirden çok cezalandırmayı amaçladığından cezai alana ilişkindir[61]. Mahkemeye karşı yapılan saygısızca davranışlara karşı yapılan işlemler ise disiplin yetkisinin kullanılmasına benzetildiğinden aynı şekilde ceza muhakemesi hukuku kapsamında değerlendirilmemektedir[62]. Yetkili kılınan kişilerce yapılan bu tip müdahaleler, o yerde bulunan herkese karşı kullanılabileceğinden yani belirli bir topluluğa mensup olma şartı olmadığından disiplin yetkisinden ziyade güvenlik önlemleridir[63]. Bu noktada Mahkemenin *Kyprianou / Kıbrıs* kararına değinmekte fayda vardır. Avukat olan başvurucuya cinayetle yargılanan müvekkilini savunurken ve tanıklara çapraz sorgu sırasında yaşananlardan dolayı kullandığı ifadeler, jest ve mimiklerden ötürü yerel mahkemece beş gün hapis cezası verilmiştir. İHAM bu durumu kişi özgürlüğünü kısıtladığından dolayı "cezai" kapsamda değerlendirmiştir[64].

II. MAKUL SÜREDE YARGILANMA HAKKI

Yargılamanın makul sürede bitirilmesi problemiyle pek çok ülke karşı karşıya gelmektedir. İHAM'a yapılan başvurular ekseriyetle adil yargılama hakkına ve 6. madde başvuruların birçoğu da makul süre hükmüne ilişkindir. Bu başvuruların hemen hemen hepsinde ihlal tespit edilmiştir[65].

Ceza muhakemesinin amacı maddi gerçeğin araştırılması, adaletin tesisi ve hukuki barışın temin edilmesidir. En önemli nokta ise bu amaçlar yerine getirilirken insan hakları ihlaline sebebiyet vermemektir[66]. Diğer bir deyişle en iyi ceza muhakemesi %100 hakikati yansıtan olsa da diğer yönden uyuşmazlıkları geciktirmeden kesip atma zarureti bulunmaktadır[67].

---

61 İHAM, Balsyte-Lideikiene / Litvanya, Başvuru No: 72596/01, 04.11.2008, par. 53-61, Mahkeme; ülke mevzuatının yerleşik yönetim düzenine zarar veren hukuka aykırı bir eylem olarak tanımladığına dolayısıyla söz konusu hukuk normunun genel etkiye sahip olduğuna, yine mevzuatın amacı olarak cezalandırmak ve caydırmak şeklinde ibarelere yer verildiğine özel önem atfetmektedir. Ayrıca para cezası ödenmediği takdirde 30 güne kadar idari tutuklamanın öngörülmesi cezanın ağırlığını arttırmaktadır.

62 İHAM, Ravnsborg / İsviçre, Başvuru No: 14220/88, 23.03.1994, par. 34.; Yargılama hukukuna özgü yaptırımın amacı disiplini korumak olduğundan cezalandırıcı değil, önleyici niteliktedir. Bkz. MAHMUTOĞLU, s. 136.

63 DÖNMEZER / ERMAN, s. 42.

64 İHAM, Kyprianou / Kıbrıs, Başvuru No: 73797/01, 15.12.2005.

65 GÖLCÜKLÜ, 1991, s. 4.; GÖLCÜKLÜ / GÖZÜBÜYÜK, s. 287.

66 ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM ve diğ., s. 31.

67 KUNTER, s. 27.

Kişisel hakların bazı zorunlu durumlarda kısıtlandığı ceza davalarında göz önünde bulundurulması gereken asgari garantiler mevcuttur[68]. Cezai uyuşmazlık içeren yargılamalarda kişi özgürlüğüne özel bir önem atfedilmekte[69] ceza davalarının diğer davalardan daha hızlı sonuçlanması beklenmektedir[70]. Çünkü tutuklu olsun ya da olmasın geciken ceza davalarından ötürü kişilerin gereksiz yere uzun süreli belirsizliğe itilmemeleri ve sıkıntı çekmemeleri amaçlanmaktadır. Aynı zamanda delillerin zayıflaması ya da kaybolması tehlikesi de önlenmiş olacaktır[71]. Bu amaçla zorunluluk olmadıkça duruşma başlamalı ve tek celsede bitirilmelidir. İstisnai hallerde ise peş peşe ve yoğun bir biçimde celseler yapılmalıdır[72].

Ceza yargılamalarının mevzuat hükümlerinin eksiksiz, etkili, isabetli bir biçimde uygulanamamasından doğan uzama nedenlerini şu başlıklarda sıralayabiliriz[73]:

- Davaların iyi hazırlanmış ve olgun bir halde mahkemeye gönderilmemesi,
- Örgütlenme eksikliği ve sistem içerisindeki muhtelif birimlerden kaynaklı gecikmeler,
- Kapasite üstü iş yükü ile yeterli mali destek noksanlığı,
- Bilirkişiye gereksiz başvurulan haller ile Adli Tıp Kurumu'nda kronikleşen bekleme süreleri,

---

68 KAŞIKARA Serhat, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6.Maddesi Çerçevesinde Makul Süre İçerisinde Yargılanma Hakkı", **TBB Dergisi**, S. 84, 2009, s. 232.

69 İHAM, Zana / Turkey, Başvuru No: 18954/91, 25.11.1997, par. 84.

70 İNCEOĞLU, 2018, s. 275.

71 Uluslararası Af Örgütü, **Adil Yargılanma Hakkı**, (çev. F. A. Tamer / E. Kaplan), İletişim, İstanbul, 2000, ss.112-113.; Özenli ve aynı zamanda hızlı bir yargılama yapılması sanık haklarının korunması ve ceza muhakemesinin sağlığı için elzemdir. Aradan uzun zaman geçtikten sonra muhakemede yer alan kimselerin ve de hâkimin olayları hatırlaması zorlaşacaktır. Ancak ceza muhakemesinin maddi gerçeğe ulaşma emeli doğrultusunda etkili araştırma yapma gerekliliği terkedilmemelidir. Bkz. ÜNVER / HAKERİ, s. 57.; Sürenin uzamasının özellikle daha ciddi cezai uyuşmazlıklar söz konusu olduğunda hem sosyal önyargıyı hem de yargılama sırasında oluşan önyargıyı derinleştirdiğini inceleyen çalışma için bkz. CHADAMBUKA Zvıkomborero, "Serious Offences and the Right to Trıal Within a Reasonable Time", **Essex Human Rights Review**, Vol. 9, No. 1, June 2012.

72 YENİSEY Feridun / NUHOĞLU Ayşe, **Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı**, 2. Bası, Bahçeşehir Üniversitesi Yay., İstanbul, 2014, s. 902.

73 YÜCEL Mustafa Tören, **Yargı Sistemi Üzerine Denemeler**, Seçkin, Ankara, 2019, s. 178.; AKBULUT İlhan, "Ceza Davalarının Uzamasının Sebepleri", **Yargıtay Dergisi**, C: 20, S. 4, 1994, ss. 448 vd.

- Usul hukukundan kaynaklanan gecikmeler,
- Yargıtay'ın gecikmeye yol açan tutumu,
- Tarafların sebep olduğu talikler.

Ceza dosyalarının yıllara göre ortalama görülme süresi (gün olarak) soruşturma, ilk derece mahkemesi ve temyiz mahkemesi (Yargıtay) aşaması olarak aşağıda tabloda verilmiştir. İstinaf mahkemeleri (Bölge Adliye Mahkemesi) daha yeni sayılabilecek kanun yolu olduğundan istatistiklere dâhil edilmemiştir[74].

Yıl	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Soruşturma Evresi	364	373	378	381	425	417	411
Ceza Mahkemeleri	229	231	231	231	274	281	276
Ceza Daireleri ve Genel Kurulu	306	328	354	306	472	505	527

Tabloya bakıldığında 2015 yılından itibaren bir dosyanın ortalama karara bağlanma süresinin hem soruşturma hem kovuşturma evresinde arttığı görülecektir. Soruşturma dosyasının olgunlaşması için birtakım gecikmeler mazur görülse de anılan süreler yine de fazladır. Çünkü eksik delil toplanması ya da başka sebeplerle kovuşturma aşamasında çoğu işlemler tekrarlanmakta ve bu durum da gecikmelere sebep olmaktadır. Ayrıca kanun yolu incelemesinde geçen sürenin yerel mahkemelerde geçen sürenin yaklaşık iki katı olması makul sürede yargılanma hakkının ihlal edilmesindeki en önemli sebeplerinden birini oluşturmaktadır. Zorunlu değişikliklerin ihtiyaçlara uygun bir biçimde ve zamanında özenli bir biçimde yapılmaması da gecikmeleri arttırmaktadır. Oluşan birikime değişkenler ışığında bakacak olursak; mali ve insan kaynaklarındaki miktar ve nitelik ile bilişime ayrılan yatırımlardan oluşan arz kısmı adli hizmetlere olan talebi karşılamada yetersiz kalmaktadır[75]. Uzlaştırma, basit yargılama ve seri muhakeme usulü yöntemleriyle talep kısmında oluşan birikim engellenmeye çalışılmaktadır.

---

[74] http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/2082019153842istatistik2018.pdf, (Erişim Tarihi: 10.03.2020).

[75] YÜCEL, ss. 164-171.; Yücel, sürdürülebilir dava yükü, üretkenlik ve dava temizleme oranı şeklinde hesaplamalarla iş çıkarma oranının hesaplanmasını ve ceza davalarındaki süreç zamanlamasının standartları karşılayıp karşılamadığının ampirik araştırma konusu yapılmasını önermektedir.

Gereğinden fazla uzun sürmüş ceza yargılaması devam ederken bile makul süre açısından ihlal iddiası ileri sürülebilir[76]. Çünkü etkili başvuru hakkı bağlamında makul süre şartı, ceza davasına ilişkin nihai kararın uygun süre içinde verilmesini garanti altına alan bir şarttır. Kaldı ki zaten ceza muhakemesi hukukunda makul süre; suçsuzluk karinesi, kişi özgürlüğü ve savunma hakkı ile doğrudan bağlantılı bir kavram olup zikredilen bu ilke ve haklardan ayrı düşünülemez[77]. Bundan dolayı bir ceza yargılamasında hangi süreler geçtikten sonra ihlalden bahsedileceğine karar vermek için sürenin hesap edilmesi gerekmektedir.

1. Makul Sürenin Hesaplanması

Cezai uyuşmazlıklarda yargılama faaliyeti devam ederken makul sürenin aşılıp aşılmadığının tespiti için öncelikle sürenin başlangıç ve bitiş tarihleri belirlemelidir. Daha sonra, tespit edilen başlangıç ve bitiş tarihleri arasındaki sürenin makul süre sınırları içinde kalıp kalmadığı her somut olay bakımından münferiden değerlendirilmektedir.

A. Esas Alınacak Başlangıç Tarihi

Ceza muhakemesi hukukuna ilişkin bir uyuşmazlıktan bahsedebilmek için ilgili "suç işlediğine dair resmi bir iddiayla" karşı karşıya gelmelidir[78]. Ceza muhakemesinde sürenin makullüğünü değerlendirirken hem iç hukukta hem uluslararası hukukta esas alınacak başlangıç tarihi, resmi makamların suç işlediği iddiasının muhataba bildirdiği andır. Ancak gözaltına alma, arama yapma gibi tedbirler sonucunda kişi esaslı bir şekilde etkilendiyse ilgili tedbirlerin uygulanma anı da süreyi başlatır[79]. Buradan hareketle soruş-

---

[76] GÖLCÜKLÜ / GÖZÜBÜYÜK, s. 287.; AYM, Yıldıray Özbey Başvurusu, Başvuru No: 2014/18932, 08.09.2015, par. 92-101.; Bu hak ihlal edildiğinde yapılması gerekenlere karşı Alman Hukuku öğretisindeki çeşitli görüşler bulunmaktadır. Soruşturmayı sonlandırmak, ceza tayininde gecikmeyi göz önünde bulundurmak, hafifletici neden olarak görmek ve infaza etkili bir sebep saymak şeklinde çözümler önerilmektedir. Ayrıca İsviçre ceza muhakemesinde ceza vermekten vazgeçme, ender olaylarda davanın düşürülmesi veyahut da verilen cezadan düşülmesi gibi telafiler söz konusudur. Bkz. ÜNVER / HAKERİ, ss. 62, 63-68.

[77] ÖZKAN-DUVAN, ss. 302-309.; Yargılamanın uzun sürmesi muhakeme engeli oluşturmamasına rağmen Alman Yargıtay'ı ceza tayin edilirken hafifletici neden olarak dikkate alınması gerektiğini ifade etmektedir. Ayrıca Alman Anayasa Mahkemesi olması gerekenden uzun süren yargılamanın hukuk devleti ilkesi ile sanık haklarını zedeleyeceği fikrindedir. Bkz. ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ, s. 56.

[78] Deweer / Belgium, par. 44.; Öztürk / Almanya, par. 55.

[79] İHAM, Eckle / Almanya, Başvuru No: 8130/78, 15.07.1982, par. 73-75.; AYM, B.E. Başvurusu Başvuru No: 2012/625, 09.01.2014, par. 34.

turma evresini de sürenin hesabına dâhil etmek mümkün olmakla beraber Mahkemenin "özerk/otonom kavramlar doktrini" gereğince kamu davasını açmaya yetkili merciinin dosyayı yargıca göndermesi anlamına gelmemektedir[80]. Kural, ilgiliye cezai uyuşmazlığın bildirilmesi olsa da istisna olarak bildirimden önce sürenin başlaması söz konusu olabilir. Örneğin; Emekli Sandığı müfettişi tarafından ön inceleme raporunun tanzim edildiği tarih de başlangıç kabul edilebilir[81].

B. Esas Alınacak Bitiş Tarihi

Sürenin başlangıcını tespit ettikten sonra esas alınacak bitiş tarihi için ceza yargılaması sonucunda verilen kararın kesinleştiği tarihi söyleyebiliriz. Kararın kesinleşmesi ile birlikte sürenin kesildiği kabul edilir. Diğer bir deyişle, hükmün infazı evresine geçildiği an süre bitmiştir[82]. Makul süre hesabı bakımından ceza yargılamasında karar düzeltme ya da itiraz yolu etkili bir hukuk yolu olmadığı için bitiş tarihini belirlemede esas alınmaz[83]. Kesinleşen kararın lehe ya da aleyhe olmasının önemi yoktur. Nitekim Anayasa Mahkemesi de İHAM ile uyumlu olarak; şüpheli hakkında yürütülen ceza soruşturmasının kovuşturmaya yer olmadığına dair kararla sonuçlanması veya açılmış olan davanın ertelenmesi, düşürülmesi ya da sanığın beraatına hükmedilmesi halinde bile makul sürede yargılanma hakkına ilişkin iddiaları incelemektedir[84].

Sanık beraat ettiği halde savcılık makamınca istinaf ya da temyiz başvurusu yapılırsa, makul sürede yargılanma hakkının güvencesi istinaf ya da temyiz süresinin sonuna kadar devam etmektedir.

2. Değerlendirme Ölçütleri

Tespit edilen başlangıç ve bitiş süresi arasındaki fark, tek başına makul sürede yargılanma hakkının ihlal edilip edilmediğini belirlemeye yetmemektedir. Her somut yargılamada göz önüne alınması gereken belli başlı kıstaslar açısından değerlendirme yapılarak ihlal olup olmadığı tespit edilmektedir.

---

80 GÖLCÜKLÜ Feyyaz, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Adil Yargılama", **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi,** S. 49, 1994., s. 214.; İNCEOĞLU, 2018, s. 268.

81 AYM, Osman Asilsoy Başvurusu, Başvuru No: 2013/99, 20.03.2014, par. 73.

82 ÖZKAN-DUVAN, s. 312.

83 DOĞRU / NALBANT, 2012, s. 633.

84 AYM, Mustafa Kâmil Uzuner ve Mustafa Kadir Gül Başvurusu, Başvuru No: 2013/3371, 09.03.2016, par. 52.; İHAM, Eğinlioğlu / Türkiye, Başvuru No: 31312/96, 20.12.2001.

Çünkü her olay açısından geçerli tüm ihtimali içeren standart bir makul süre saptamasının imkansızlığı ortadadır[85]. Aynı sürede yargılama yapılsa bile bir başvuruda ihlalden söz edilirken diğer başvuruda ihlal olmadığı kararı çıkabilir. Her bir yargılamanın kendine has koşulları olmasına rağmen yine de zamanla gelişmiş birtakım ölçütler değerlendirmede kullanılmaktadır. İHAM ilk kez *Corigliano / İtalya* başvurusunda makul sürenin hesabında dikkate alınması gereken kalıcı ölçütler getirmiştir[86]. Bu ölçütler davanın karmaşıklığı, başvurucunun ve resmi makamların tutumu şeklinde temel ölçütlerdir. Bunlara ek olarak yargılamanın kaç dereceli olduğu, konunun önemi ve başvurucunun yargılamanın hızlı yapılmasındaki menfaati de dikkate alınmaktadır.

A. Davanın Karmaşıklığı

Ceza yargılaması sonunda verilecek olası cezanın ağırlığı; teknik, idari veya başka bir sebepten kaynaklanan davanın karmaşık olması halinden farklıdır. Uyuşmazlık görece ciddi olsa bile, dava karmaşık değilse uzun bir gecikmenin dayanağı yoktur. Bir ceza davasının basit bir nitelikte olması yargılama makamlarının daha hızlı hareket etmesine olanak sağlarken karışık görünümde olan davalarda daha temkinli yaklaşılması kabul edilebilirdir. Ancak rasyonel bir öncelik sırasının yapılması yerinde olacaktır[87]. Yargılamanın karmaşıklığına neden olan etmen tek başına davanın uzamasına etki etmiyorsa sürenin aşıldığı kabul edilemezken, başka sebeplerle bir araya gelerek yargılama uzamışsa devletin sorumluluğu gündeme gelecektir[88]. Anayasa Mahkemesi *Nail Yılmaz* başvurusunda[89] 24 şüphelinin bulunduğu

---

85 GÖLCÜKLÜ / GÖZÜBÜYÜK, s. 285.

86 Corigliano / İtalya, Başvuru No: 8304/78, 10.12.1982, par. 37-49.

87 CHADAMBUKA, ss. 2-4.

88 ÖZKAN-DUVAN, s. 314.

89 Başvuru No: 2014/4147, 10.06.2015, *"Başvuruya konu yargılama sürecinin incelenmesinde, Bursa Cumhuriyet Başsavcılığınca yürütülen soruşturma kapsamında* ***19/12/2006*** *tarihinde gözaltına alınarak Bursa 4. Sulh Ceza Mahkemesince 21/12/2006 tarihinde tutuklanan başvurucu hakkında ... İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının 1/3/2007 tarihli iddianamesi ile* ***başvurucu ve diğer yirmi üç şüpheli*** *hakkında, "çıkar amaçlı silahlı suç örgütü kurmak, yönetmek, kurulan örgüte üye olmak... " suçlarını işledikleri iddiasıyla kamu davası açıldığı tespit edilmiştir. İstanbul 10. Ağır Ceza Mahkemesince yapılan yargılama sonunda 15/4/2013 tarihli karar ile başvurucunun mahkûmiyetine ve tutukluluğunun devamına karar verildiği, temyiz üzerine hükmün,* ***Yargıtay 6. Ceza Dairesinin, 30/10/2014 tarihli ilâmı ile bozulduğu belirlenmiştir. Bozma üzerine, dava dosyasının görevli ve yetkili Bursa 4. Ağır Ceza Mahkemesine gönderildiği****, davanın, Mahkemenin E.2014/445 sayılı dosyasına kaydedildiği, 5/12/2014 tarihli tensip tutanağı ile başvurucunun tahliyesine karar verildiği ve* ***yargılamanın halen devam ettiği anlaşılmıştır****. 5271 sayılı Kanun'un öngördüğü yargılama usullerine tabi mahkemeler nezdindeki yargılamaların makul sürede tamamlanmadığı yönündeki iddialar daha önce bireysel başvuru konusu ya-*

ve halen derdest olan davanın karmaşık olduğunu ifade etmekle birlikte sekiz yılı aşan yargılamanın makul olmadığını belirtmiştir. Bir başka kararında da beş şüphelinin yer aldığı davada sanık sayısının yargılamanın uzamasını haklı kılacak nitelikte olmadığını ifade etmiştir[90].

Dava konusu olayın gerektirdiği kanıtların toplanması, davanın mahiyeti sebebiyle icrası gereken usulü işlemler, çok sayıda sanığın ve tanığın dinlenmesi, çözülmesi zor olayların varlığı yargılamayı karmaşık hale büründürebilmektedir. Adaletin doğru bir şekilde yerine getirilmesi karşısında yargılama faaliyetinin uzaması haklı sayılabilir. Nitekim İHAM, zor bir cinayet dosyasının aydınlatılmaya çalışıldığı ve bunun için iki davanın birbirine paralel yürütüldüğü yargılamada altı yıl üç aylık süreyi makul kabul etmiştir[91]. Ancak gereksiz belgelerin yer aldığı, suçla alakalı olmayan kişilerin sanık gösterildiği durumlarda davanın kendisinden kaynaklanan güçlükten bahsedilemeyecektir[92]. Aynı şekilde hukuki ve maddi açıdan basit olan davalarda ise yerel mahkemelerin yer ve görev bakımından yetki uyuşmazlıkları sonucunda yargılamanın uzaması haklı görülmemektedir[93].

B. Başvurucunun Tutumu

Özel hukuk davalarında kişilere yargılamanın hızlı ilerlemesi için birtakım külfetler yüklenebilirken başvurucuların ceza davasının hızlı sonuçlanmasında etkin bir rolü ya da yükümlülüğü bulunmamaktadır[94]. Buradan hareketle davanın sürüncemede kaldığı zamanlarda sanığın bu durumu hatırlatmak için çaba göstermesi de beklenmemektedir[95].

Sanığı sahip olduğu kanun yollarının tamamını kullanmasından dolayı uzayan yargılamadan sorumlu tutmak olanaklı değilse de sanığın iyiniyetli olmayan tutumları da göz önünde bulundurulmalıdır[96]. Herhangi bir katkı

---

pılmış ve Anayasa Mahkemesi tarafından makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği yönünde kararlar verilmiştir. Başvuruya konu davada yer alan kişi sayısı ve davanın mahiyeti nedeniyle icrası gereken usul işlemlerinin niteliği başvuruya konu yargılamanın karmaşık olduğunu ortaya koymakla birlikte davaya bütün olarak bakıldığında söz konusu sekiz yılı aşkın süredir devam eden yargılama sürecinde makul olmayan bir gecikmenin olduğu sonucuna varılmıştır."

90 AYM, Başvuru No: 2014/99, 11.03.2015, par. 46.

91 Boddaert / Belçika, Başvuru No: 12919/87, 12.10.1992, par. 35-40.

92 DİNÇ, s. 95.

93 İHAM, Zana / Turkey, par. 78.

94 ÖZKAN-DUVAN, s. 314.

95 İNCEOĞLU, 2018, s. 272.

96 KAŞIKARA, s. 249.

sağlamayacak talep ve davranışlarla yargılamayı uzatıp uzatmadığı ile usule ilişkin hakları belirli bir özen çerçevesinde kullanıp kullanmadığı da hesaba katılmalıdır. Ancak davayı uzatma niyetinde olmayan talepler savunma hakkı ve hak arama özgürlüğü kapsamında olduğundan sanığın bu haklardan feragat etmesi beklenemez[97]. Örnek vermek gerekirse dosyada çok sayıda müdafinin yer alması kişilere yüklenebilir bir kusur değildir. Ayrıca, avukatların güvenlik güçlerine karşı tutumları yavaşlamaya sebep olsa da sürenin uzamasını tek başına açıklamaya yeterli değildir[98].

İHAM; uygun bir gerekçeyle durumu izah eden haller hariç olmak üzere, belirli bir süre saklandıktan sonra yetkili makamlara teslim olan kişinin yargılamasında geçen süreye şüphelinin ya da sanığın firarda olduğu zamanların eklenmeyeceğini belirtmiştir[99]. Paralel yaklaşımla Anayasa Mahkemesi, duruşmaya gelmeyen sanığın yakalanması için beklenen sürenin taraf kusuru olduğu gerekçesiyle başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur[100]. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, firari durumda olan sanığın beklenmesinde geçen sürenin hesaba katılmaması sadece firari olan taraf için geçerlidir. Birden çok sanıklı dosyada kaçak olmayan kişi bakımından bu süre dikkate alınacaktır. Ayrıca yargılamanın uzamasına başvurucu sebep olsa bile uyuşmazlık uzun bir süredir devam ediyorsa yine de makul sürede yargılanma hakkı ihlal edilmiştir.

C. Resmi Makamların Tutumu

Uzun süre devam eden ceza davaları incelendiğinde gecikmelerin büyük bir kısmının yargılama makamlarının ya da kamu otoritelerinin ihmalinden kaynaklandığı görülecektir. Yeri gelmişken tekrar belirtmek gerekir ki, uyuşmazlık kovuşturmaya yer olmadığına dair kararla sonuçlansa veya kamu dava-

---

97 DİNÇ, s. 95.

98 İHAM, Yağcı ve Sargın / Türkiye, Başvuru No: 16419/90-16426/90, 08.06.1995, par. 66.

99 Girolami / İtalya, Başvuru No: 13324/187, 19.02.1991, par. 13.

100 Abdulkadir Bolluk Başvurusu, Başvuru No: 2013/5278, 15.04.2014, par. 43, *"Somut olayda, başvuruya konu uyuşturucu madde ticareti suçundan yapılan ceza yargılamasında ilk derece mahkemesi ve temyiz mahkemesinin tutumlarının özel bir karmaşıklık göstermediği, yargılamanın iki dereceli mahkeme önünde toplam 7 yıl sürdüğü tespit edilmiştir. Buna karşın başvurucunun yakalanmasından sonra derece mahkemesi önündeki yargılamanın yaklaşık 6 ayda, temyiz sürecinin yaklaşık 2 yıl 4 ayda tamamlandığı, bu durumda* ***yargılamanın uzamasında duruşmalara gelmeyen başvurucunun yakalanmasının beklenmesinin en önemli etken olduğu*** *sonucuna ulaşılmıştır. Yargılama süresinin bütünü dikkate alındığında ilk derece ve Yargıtay'daki yargılama sürecinde başvurucunun haklarını ihlal edecek şekilde gecikme olmadığı sonucuna ulaşılmıştır".*

sı zamanaşımı nedeniyle düşse bile makul sürede yargılanma hakkının ihlalinden bahsedilebilecektir[101]. İdari ve yargısal mercilere atfedilebilecek gecikmelerden devlet sorumlu tutulabilecektir. Duruşma aralarının uzun olması, hükmün yazılmasındaki talikler ve adli soruşturma makamlarının geciktirici davranışları gibi durumlar buna örnektir[102]. Resmi kaynaklı diğer gecikmeler; tanıkların çağrılması için sürekli girişimde bulunma, mahkemeler arası görev uyuşmazlığı ve Yargıtay'ın kararı gelinceye kadar ilk derece mahkemesi ile istinaf mahkemesi arasında dosyanın gidip gelmesi şeklindedir. Ayrıca yargılama makamlarının oluşumunda yaşanan değişiklikler, kararın verilmesi ile yazılması arasında yaşanan zaman kaybı ve dosyanın ilk derece mahkemesinden temyiz mahkemesine gönderilmesinde yaşanan gecikmeler de sayılabilir[103].

Devletin kamu gücünü kullanan organlarının hepsinin sorumluluğu bulunmaktadır. Yapısal sorunlardan ve organizasyon eksikliğinden kaynaklanan gecikmeler haklı mazeret olarak görülemez. Bu sebeple ceza mahkemelerinin iş yükü makul sürede yargılanma hakkının ihlal edilmesine gerekçe olamaz[104]. Aynı şekilde duruşma günlerinin dolu olması, mahkeme ve yargıç sayısının yetersizliği, kurumlar arası iletişim eksikliği mazur görülmemektedir[105]. İHAM birçok kararında; yargı sisteminin yapısını, mahkeme yazı işlerinde yaşanan aksaklıkları, mahkemeler arası dosya gönderilmesini ve raportör ataması sırasında yaşanan gecikmeleri, personel ve yargıç sayısının yetersizliklerini ve iş yükü ağırlıklarını makul süre hesabında devletin aleyhine yorumlamaktadır[106]. Toplamda 11 yıl süren davanın 7 yılının kanun yolu incelemesinde geçmesi, ilk derece mahkemesi tarafından verilen kararın dört defa temyiz edilip üç kez temyiz mahkemesi tarafından bozulması yapısal sorundan ve organizasyon eksikliğinden kaynaklanmaktadır[107]. Yargılama organları üzerlerine düşen görevi yapmalarına rağmen siyasi ortam ve ulusal hukuktaki boşluklar sebebiyle

---

101 GÖLCÜKLÜ, 1991, s. 6.; GÖLCÜKLÜ / GÖZÜBÜYÜK, s. 287.

102 ÖZKAN-DUVAN, ss. 315 vd.

103 VİTKOSKAS / DİKOV, s. 121.; Yargılama makamlarından kaynaklanan ihlale Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararında da değinilmiştir. Dosyada sanığa ait nüfus kayıt örneği ile adli sicil kaydı olmadığı için yerel mahkeme hükmünün sırf bu yüzden bozulması, UYAP sisteminden faydalanılarak alınıp değerlendirilme imkânı olduğu için Anayasanın 141. ve AİHS'nin 6. maddelerine aykırı olarak yargılamanın gereksiz yere uzaması sonucunu doğuracağı ifade edilmiştir. Bkz. YCGK, E. 2011/380, K. 2012/74, 06.03.2012.

104 ÖZKAN-DUVAN, s. 325.

105 DİNÇ, s. 95.

106 Örnek bir karar için bkz. Fati ve Diğerleri / İtalya, Başvuru No: 7604/76, 10.12.1982, par. 61.

107 AYM, Atila Oğuz Boyalı Başvurusu, Başvuru No: 2013/99, par. 74-77.; Mehmet Ali İncesu Başvurusu, Başvuru No: 2012/1145, 15.04.2014, par. 35-38.

gecikme olmuşsa yine de devletin sorumluluğuna gidilebilecektir[108]. Gecikmeleri önlemek amacıyla Anayasa Mahkemesi; somut norm denetiminde, asliye ceza mahkemelerinde gerçekleştirilen duruşmalarda cumhuriyet savcısının bulunmamasını öngören itiraz konusu kuralı iptal etmemiştir. Yasama belgelerini baz alarak tarihsel yorum yapmak suretiyle, makul süre içinde yargılamaları sonuçlandırmak ve adaleti hızlandırmak gayesiyle düzenleme yapıldığını belirtmiştir. Kural, cumhuriyet savcılarının daha süratli ve etkin biçimde soruşturmaları ilerletebilmelerine imkân sağlamaktadır[109].

Davada uygulanacak olan bir kanunun anayasaya uygunluğu incelemesinin beklenmesi yani soyut ya da somut norm denetimi sırasında durma kararı verilmesi ve en kısa sürede gecikmeye mahal vermeyecek şekilde sürecin işletilmesi ise kural olarak kabul edilebilir. Ancak Anayasa Mahkemesinin vereceği karar davayı esaslı bir şekilde etkiliyorsa bu süre de hesaplamada dikkate alınır[110].

Ceza yargılamasının uzamasındaki esas faktör bir başka sanığın yakalanmasının beklenmesi olduğu için davada başvurucuya atfedilebilir bir kusur olmadığından ihlal kararı verilmiştir[111]. Çünkü bu durumda yargılama makamlarının sorumluluğu doğmaktadır. Uyuşmazlığın koşulları imkân sağlıyorsa tefrik kararı verilerek firari olmayan sanık bakımından yargılamaya devam edilmeli ve bir an önce belirsizlik ortadan kaldırılmalıdır. Makul sürede yargılama sona erseydi bile neticenin değişmeyeceği iddiası devletin lehine yorumlanmamaktadır[112].

Tüm bu değerlendirme ölçütlerinden yola çıkarak; karmaşık olmayan bir ceza davasında başvurucunun tutum ve davranışları yargılamanın uzamasını esaslı bir biçimde etkilemiyorsa makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğinden söz edilecektir[113]. Her somut olay ayrı ayrı değerlendirilmesine rağmen genelleme yapacak olursak, 8 yıl ve üzeri devam eden yargılamalarda 6. maddenin ihlaline karar verilmektedir. Ancak daha kısa sürede biten yargılamaların makul sürede sonuçlandığı söylenemez[114].

---

[108] İHAM, Zimmermann-Steiner / İsviçre, Başvuru No: 8737/79, 13.07.1983, par. 29-32.

[109] AYM, E. 2011/43, K. 2012/10, 19.01.2012.

[110] GÖLCÜKLÜ / GÖZÜBÜYÜK, ss. 285-286.; ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM ve diğ., s. 162.; VİTKOSKAS / DİKOV, s. 121.; GÖLCÜKLÜ, 1991, s. 5.

[111] AYM, Başvuru No: 2014/99, par. 44.

[112] İHAM, Neumeister / Avusturya, Başvuru No: 1936/63, 27.06.1968, par. 16-21.

[113] AYM, Başvuru No: 2014/18932, par. 100.

[114] İNCEOĞLU, 2018, ss. 266-267.

Başvurucunun acil, yakın ya da önemli bir menfaati varsa yargılama makamlarının ve yetkili mercilerin daha hızlı hareket etmesi beklenmektedir. Makul sürede yargılanma hakkı sadece muhakemeye has olmayıp ayriyeten yargılama süresinden farklı olarak koruma tedbirlerinde de bu hak gündeme gelmektedir. Tutuklu yargılanan kişilerde geçen süre büyük önem arz etmekte, tutukluluk halinin peşinen verilen cezaya dönüşme tehlikesi bulunmaktadır. Bu durumda yargılama süresinin makullüğü aşması aynı zamanda md.5/3 kapsamında hedeflenen gaye ile uyumsuzluğu da göstermektedir[115]. Çünkü muhakemenin hızlı ve kesintisiz bir biçimde yürütülüp bitirilmesi gerekliliğiyle aralarında direkt ve ayrılamaz bir bağlantı vardır[116]. Her ne kadar Sözleşmenin 5/3 maddesi ile 6/1 maddesi farklılık gösterseler de aralarında yakın bir ilişki olduğu kuşkusuzdur. Tutuklu bireylerin gerekli sağlık ve ekonomik şartları esaslı bir biçimde etkilenmekte olup her durumda insan onuruna uygun bir şekilde yaşama devam ettiklerini ifade etmek mümkün değildir[117]. Konunun öneminden dolayı yargılanan kişinin tutukluluk halini biraz daha kapsamlı bir şekilde ele almak faydalı olacaktır.

Şüpheli veya sanığın temel hak ve hürriyetlerini en ağır biçimde kısıtlayan tutukluluk tedbiri, suçun işlendiği sabit olmadığı için iç hukukta ve uluslararası mevzuatlarda sıkı şartlara bağlanmıştır. Öncelikle, tutuklu bulunan herkesin makul süre içinde mahkemeye çıkarılma ve serbest bırakılmayı isteme hakkı vardır[118]. Özel bir hızla yürütülmesi gereken bu yargılama faaliyetine öncelik verilmesi kişi özgürlüğü hakkına ve suçsuzluk karinesine dayanır[119]. Ayrıca tutuklu yargılanan sanıklarda yargılama makamlarının özel bir gayret göstererek daha süratle davranması gerekir[120]. Başka bir deyişle, tutukluluk halinde süre incelenirken katı standartlar uygulanacağından hem ulusal hem uluslararası mahkemelerin yaklaşımı, ceza yargılamasında kamu otoritelerinin ve bilhassa yargılama makamlarının daha titizlikle hareket etmeleri yönündedir[121]. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus kişi

---

115 DOĞRU / NALBANT, 2012, s. 634.

116 ÜNVER / HAKERİ, s. 58.

117 TURAN Hüseyin, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Makul Sürede Yargılanma Hakkı", **TAAD**, Sayı: 11, 2012, ss. 68-69.

118 Herhangi Bir Biçimde Tutulan veya Hapsedilen Kişilerin Korunması İçin Prensipler Bütünü md.37 ve 38, Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi md.25, Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Tüzüğü md.60, Afrikalı İnsan ve Halkların Hakları Şartı md.6 ve 7.

119 İHAM, Tomasi / Fransa, Başvuru No: 12850/87, 27.08.1992, par. 84.

120 İHAM, Wemhoff / Almanya, Başvuru No: 2122/64, 27.06.1968, par. 17.; İHAM, Matznetter / Avusturya, Başvuru No: 2178/64, 10.11.1969, par. 9.

121 İHAM, Kalashnikov / Rusya, Başvuru No: 47095/99, 15.07.2002, par. 125-132.; AYM, Güher Ergun ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2012/13, 02.07.2013, par. 41-44.

özgürlüğünü düzenleyen md.5/3'ten farklı olarak md.6/1'deki makul süre hükmün kesinleşmesine kadar olan yargılamanın tümünü içerir[122]. Uzun süren bir yargılamada makul süreyi aşan tutukluluk söz konusu ise 5. madde ihlali gündeme gelirken, geçerli sebepler varsa 6. madde hükmü ihlal edilmemiş olabilir. Bununla birlikte yargılamada makul süre ile tutuklukta makul süre değerlendirilmesinde; olayın karmaşıklığı, resmi mercilerin ya da başvurucunun davranışı gibi benzer ölçütler kullanılmaktadır[123].

İlk derece mahkemesinin mahkûmiyet kararından sonra istinaf veya temyiz süresince kişinin tutukluluk halinin devam etmesi; mahkeme kararı sonucu özgürlük kısıtlaması olarak kabul edilmekte, hüküm sonrası süre dikkate alınmamaktadır. Bir başka deyişle cezai uyuşmazlıklarda geçen süre açısından 6. madde uygulama alanı bulurken, tutuklu yargılanan kişilerin "hükümözlü"[124] olmadan önce tutuklukta geçirdiği süre bakımından 5. madde gündeme gelecektir. İlk durumda amaç yargılamayı hızlandırmak iken ikinci durumda tutukluluk süresini en aza indirmektir.

İHAM'ın hükümden sonra geçen süreyi dikkate almayan yaklaşımını Anayasa Mahkemesi'nin doğrudan benimsemesi öğretide eleştirilmektedir. Çünkü İHAS'ın 53. maddesinde belirtildiği gibi Sözleşme taraf devletlere asgari standartlar getirmektedir. Anayasa md.148/3 ve 6216 s. Kanun md.45/1 bu hakkın içeriğini ve kapsamını saptamaya mâni olmadığından Sözleşmenin üzerinde koruma sağlanabilir[125]. Nitekim Türk hukukunda daha lehe düzenlemeler mevcut olduğundan iç hukukun uygulanması gerekir. Bu farklılık "hüküm" kavramına verilen anlamın tam örtüşmemesinden kaynaklanmaktadır. İHAM; istinaf ve temyiz aşamasını md.5-1/a çerçevesinde hükümlülük olarak değerlendirirken, Türk hukukunda istinaf ya da temyizde tutuklu sanığı hükümlü kabul etmek olanaklı değildir. Kaldı ki, 5271 s. Ceza

---

[122] Tutuklulukta ve yargılamada makul süre ayırımı için bkz. GÖLCÜKLÜ Feyyaz, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği", **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, C: 49, S. 03, 1994, s. 211.; ŞENTUNA Mustafa Tarık, **Öğreti ve Yargı Kararları Işığında Ulusal ve Ulus Üstü İnsan Hakları, Anayasa ve Ceza Yargılaması Hukuku Açısından Tutuklama ve Adli Kontrol**, Seçkin, Ankara, 2014, ss. 131-133.; İNCEOĞLU, 2018, s. 265.

[123] GÖLCÜKLÜ / GÖZÜBÜYÜK, s. 240.

[124] Adalet Bakanlığının *"Ceza İnfaz Kurumlarının Tahsisi, Nakil İşlemleri ve Diğer Hükümler"* başlığını taşıyan Genelgesinde "*hükmen tutukluluk"* ibaresine yer verilmesi ve tutuklulardan daha sıkı bir infaz rejimi öngörülmesi ile bu kavram iç hukukumuza girmiştir. Uygulamada da bu kavram hızlıca benimsenmiş, normlar hiyerarşisinden ve hak temelli yorumdan vazgeçilmiştir.

[125] KANGAL, s. 543.

Muhakemesi Kanunu'nun 102. maddesinde yer alan tutuklulukta geçecek azami süreye istinaf ve temyiz süresini dâhil etmemek yasaya açıkça aykırıdır[126].

Uyuşmazlıkların yalnızca getirildikleri tarihe değil, aciliyet ve önem derecelerine ve de konularına göre belirli bir sırayla ele alınması geçici bir çare olarak değerlendirilebilecek yöntemdir. Bununla birlikte gecikmeler sistematik bir hale gelirse, bu tür geçici yöntemler artık yeterli değildir ve üye devletler etkili önlemlerin alınmasını, yargı mekanizmalarını çabuklaştıran yapısal çözümleri daha fazla erteleyemez[127].

SONUÇ

Hukuk sistemlerinin çoğu teknolojik gelişmelere rağmen adaletin gecikmeksizin tesisini sağlayamamaktadır. İnsan haklarını ihlal etmeden maddi gerçeğin araştırılmasıyla ceza muhakemesi hukuku amaca hizmet edecektir. Çünkü adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak makul sürede yargılanma hakkı; cezai yönüyle savunma hakkı, etkili başvuru hakkı, kişi özgürlüğü ve suçsuzluk karinesi ile yakından bağlantılıdır. Bu bağlamda ceza muhakemesi hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda makul sürede yargılanma hakkı sadece şüpheli ya da sanığa tanınmış bir hak olup mağdur, müşteki veya suçtan zarar görenin bu hakkı ileri sürmesi mümkün değildir.

Salt idari yaptırıma ilişkin uyuşmazlıklar kapsam dışındadır. Bu hakkın uygulandığı cezai uyuşmazlıklarda ise süre; iddianın resmi bir makam tarafından kişiye bildirilmesi ya da gözaltı-arama gibi faaliyetlerin yapılma anında başlar, hükmün kesinleşmesi ile sona erer. Davanın karmaşıklığı, başvurucunun tutumu ve menfaati, resmi otoritelerin ve yargı mercilerin tutumu değerlendirme ölçütü olarak sürenin hesabında göz önünde bulundurulur. Kişi menfaatinin en üst noktada olan tutuklukta sürenin makullüğü

---

[126] ÖZTÜRK Bahri / EKER-KAZANCI Behiye / SOYER-GÜLEÇ Sesim, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri**, 3. Bası, Seçkin, Ankara, 2019, ss. 91-92.; ŞİRİN Tolga, **Özgürlük ve Güvenlik Hakkı-Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-1**, Avrupa Konseyi Yay., Ankara, 2018, s. 179.; BALO Yusuf Solmaz, "Tutuklama Koruma Tedbirinin Bireysel Başvuruya Konu Olması ve Anayasa Mahkemesi'nin İmtihanı", **CHKD**, C: 3, S. 1, 2015, ss. 32-33.; ÖZEN Muharrem / GÜNGÖR Devrim / OKUYUCU ERGÜN Güneş, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türk Hukukunda Azami Tutukluluk Süresinin Hesaplanmasına İlişkin Değerlendirmeler", **Ankara Barosu Dergisi**, C: 68, S. 4, 2010, ss. 181-187.; BAYTAZ Abdullah Batuhan, "Hükme Bağlı Tutukluluk", **İstanbul Üniversitesi Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi**, C: 6, S. 2, 2018, s. 149.

[127] İHAM, Zimmermann-Steiner / İsviçre, par. 29.

İHAS 5. madde kapsamında değerlendirilirken ceza yargılamasında geçen toplam sürenin makul olup olmadığının değerlendirmesi 6. madde kapsamında yapılmaktadır.

6384 s. 09.01.2013 tarihli Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Yapılmış Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanunla sadece ihlalleri gidermek amacıyla tazminat komisyonu kurulmuştur. Komisyon yargılamaların makul sürede bitmesine katkıda bulunmamakta, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin önüne giden başvuruları azaltmak amacı taşımaktadır. İşlevselliği sorgulanan komisyonun yetkisi bu kez 7145 s. 25.07.2018 tarihli kanunla Anayasa Mahkemesinin iş yükünü azaltmak niyetiyle komisyonun amaç ve kapsamını aşacak şekilde genişletilmiştir. Makul sürede yargılanma hakkını içeren bireysel başvurularda artık bu komisyona başvurmak zorunlu hale getirilmiştir. Yapısal, sistematik sorunlardan ve organizasyon eksikliklerinden doğan ihlallere getirilen bu yol bireysel başvurularda olağan kanun yollarını tüketme şartını arayan anayasal hükmü oldukça genişletmektedir. Esas itibariyle, soruna çare olmaktan ziyade sorunları öteleyen ve kronikleştiren bu düzenlemeler çözüm olma işlevine sahip değildir. İhlali tespit ederek bir miktar tazminata hükmetmekten ziyade önlemek esas amaç olmalıdır. Bu kronikleşen sorunu bir nebze çözmek için 5271 s. Ceza Muhakemesi Kanununa bazı suçlar bakımından "seri muhakeme usulü" ve "basit yargılama usulü" getirilmesi ve uzlaştırmanın yaygınlaştırılması yerinde olmuştur.

Giderim aracı olarak hukukumuzda sadece tazminat öngörülmüştür. Farklı hukuk öğreti ve uygulamalarındaki genel eğilim takip edilmelidir. Soruşturmayı sonlandırmak, hafifletici neden olarak görmek, ceza tayininde gecikmeyi göz önünde bulundurmak ve infaza etkili bir sebep saymak gibi daha lehe düzenlemeler yapılmalıdır. Somut olayın durumuna göre nadiren davanın düşürülmesi veya ceza vermekten vazgeçme yolu da tercih edilebilir.

Adaletin geciktirilemeyeceğini vurgulayan Magna Carta'dan gereksiz bir gecikme olmadan yargılanmayı öngören Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesi'ne kadar pek çok düzenleme kangren olmuş bu sorunu engellemeye çalışmıştır. Ancak somut adımların atılması ve çözüm kolay olmamıştır. Meselenin gerçekçi bir şekilde ele alınması için Avrupa Adaletin Etkinliği Komisyonu (CEPEG), Adli Zaman Yönetimi Saturn Rehber İlkeleri uygulanmalıdır. Yargılama işlemleri türlerine göre ayrılarak veriler toplanmalı ve ortalama hesap süreleri çıkarılmalıdır. Toplanılan bilgi-

lerden hareketle sürekli analiz yapılmalı, standart süreden sapmalar olması halinde müdahale edilmelidir. Gecikmenin kaynağı tespit edilerek hızlandırıcı özel araçlara başvurulmalıdır. Ayrıca yargı sistemi ve teşkilatında görev yapan kişilerin performansı izlenmeli ve geliştirilmesi için eğitimler tertip edilmelidir. Soruşturma evresinde süre sınırı koyulmalıdır. Duruşmaların ise bir celsede tamamlanması, zorunlu hallerde ise celseler arasındaki sürenin asgari olması sağlanmalıdır. Duruşmaya ara vermeme kuralına özen gösterilmesi, uyuşmazlığın eksiksiz bir şekilde mahkemeye gönderilmesine bağlıdır. İddianamenin iadesi kurumu tekrar gözden geçirilmeli ve etkin bir şekilde uygulanmalıdır. Soruşturma ve kovuşturmanın hedef sürede tamamlanıp tamamlanmadığının takibi yapılmalıdır. Rücu davalarının hiç açılmaması veyahut da açılıp takip edilmemesi tüm çabaları boşa çıkarmaktadır. Yaşanan gecikmelerden ötürü yargıya güven ve dolayısıyla toplumsal dayanışma zedelenmektedir. Bireysel başvuru kararlarında ihlal bulunanlar bakımdan ilgili ihlale kimin ve neyin sebep olduğu tespit edilerek sorumluluğa gidilmesi hukuk kültürüne katkı sağlayacaktır.

KAYNAKÇA

AKBULUT Berrin, **Türk Ceza Kanunu ile Kabahatler Kanununun Genel Hükümlerinin Yaptırım Hükümleri Dışında Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi**, Adalet Yayınevi, 2010.

AKBULUT İlhan, "Ceza Davalarının Uzamasının Sebepleri", **Yargıtay Dergisi**, C: 20, S. 4, 1994, ss. 436-457.

ALTINKÖK Serhat, "Bireysel Başvuru Açısından Suç Şüphelisi Olan Kişinin Yakalanması ve Tutulması/Gözaltına Alınması", **AÜHFD**, C: 68, S. 2, 2015, ss. 267-328.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ, **Adil Yargılanma Hakkı-Ceza Hukuku Yönü**, Avrupa Konseyi Yayınları, 2014.

BALO Yusuf Solmaz, "Tutuklama Koruma Tedbirinin Bireysel Başvuruya Konu Olması ve Anayasa Mahkemesi'nin İmtihanı", **CHKD**, C: 3, S. 1, 2015, ss. 7-31.

BAŞAR Mükerrem Onur, **Avrupa İnsan Hakları Çerçevesinde Makul Sürede Yargılanma Hakkı**, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011.

BAYTAZ Abdullah Batuhan, "Hükme Bağlı Tutukluluk", **İstanbul Üniversitesi Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi**, C: 6, S. 2, 2018, ss. 133-153.

CHADAMBUKA Zvıkomborero, "Serious Offences and the Right to Trial Within a Reasonable Time", **Essex Human Rights Review**, Vol. 9, No. 1, June 2012, ss. 1-10.

ÇELİK Abdullah, **Adil Yargılanma Hakkı Rehberi**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2014.

ÇIRAK Ezgi, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkının Uygulama Alanı", **D.E.Ü. HFD**, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, C: 21, Özel Sayı, 2019, ss. 997-1028.

DİNÇ Güney, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Adil Yargılanma Hakkı**, İzmir Barosu Yayınları, İzmir, 2006.

DOĞRU Osman / NALBANT Atilla, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar**, 1. Cilt, Şen Matbaa, Ankara, 2012.

DOĞRU Osman / NALBANT Atilla, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar**, 2. Cilt, Pozitif Matbaa, Ankara, 2013.

DÖNMEZER Sulhi / ERMAN Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, Cilt: 2, 14. Bası, Der Yayınları, İstanbul, 2019.

DUTERTRE Gilles, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler**, Avrupa Konseyi Yayınları, 2003.

GÖKPINAR Mahmut, **Adil Yargılanma Hakkının Asgari Gerekleri Karşısında Türk Kamu Hukuku,** Adalet Yayınevi, Ankara, 2008.

GÖLCÜKLÜ Feyyaz / GÖZÜBÜYÜK Şeref, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002.

GÖLCÜKLÜ Feyyaz, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Adil Yargılama", **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, S. 49, 1994, ss. 199-234.

GÖLCÜKLÜ Feyyaz, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği", **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, C: 49, S. 03, 1994, ss. 199-218.

GÖLCÜKLÜ Feyyaz, "Yargılama Makamları Önünde 'Makul Süre'", **İnsan Hakları Merkezi Dergisi**, Mayıs-Eylül 1991, C: 1, S. 2-3, ss. 1-6.

İNCEOĞLU Sibel, **Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği**, Şen Matbaa, Ankara, 2007.

İNCEOĞLU Sibel, **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-4**, Avrupa Konseyi Yayınları, 2018.

İNCEOĞLU Sibel, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı-Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler**, Beta, İstanbul, 2002.

KANGAL Zeynel Temel, **Kabahatler Hukuku**, 2. Baskı, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.

KAŞIKARA Serhat, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. Maddesi Çerçevesinde Makul Süre İçerisinde Yargılanma Hakkı", **TBB Dergisi**, S. 84, 2009, ss. 231-259.

KUNTER Nurullah, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 9. Bası, Yaylacık Matbaası, İstanbul, 1989.

MAHMUTOĞLU Fatih Selami, **Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda (İdari Ceza Hukukunda) Yaptırım Rejimi**, Kazancı, İstanbul, 1995.

MAHONEY Paul, "Right to a Fair Trial in Criminal Matters Under Article 6 E.C.H.R.", **Judicial Studies Institute Journal**, Vol, 4, No. 2, 2004, ss. 107-129.

ÖZBEK Veli Özer / DOĞAN Koray / BACAKSIZ Pınar, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.

ÖZEN Muharrem / GÜNGÖR Devrim / OKUYUCU-ERGÜN Güneş, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türk Hukukunda Azami Tutukluluk Süresinin Hesaplanmasına İlişkin Değerlendirmeler", **Ankara Barosu Dergisi**, C: 68, S. 4, 2010, ss. 181-187.

ÖZKAN-DUVAN Ayşe, "Bireysel Başvuru Kararlarında Makul Sürede Yargılanma Hakkı", **AÜHFD**, C: 68, S. 1, 2019, ss. 287-336.

ÖZTÜRK Bahri / EKER KAZANCI Behiye / SOYER GÜLEÇ Sesim, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri**, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 361.

ÖZTÜRK Bahri / TEZCAN Durmuş / ERDEM Mustafa Ruhan / SIRMA-GEZER Özge / SAYGILAR-KIRIT Yasemin Filiz / ALAN-AKCAN Esra / ÖZAYDIN Özdem / ERDEN-TÜTÜNCÜ Efser / ALTINOK-VILLEMIN Derya / TOK Mehmet Can, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.

ŞENTUNA Mustafa Tarık, **Öğreti ve Yargı Kararları Işığında Ulusal ve Ulus Üstü İnsan Hakları, Anayasa ve Ceza Yargılaması Hukuku Açısından Tutuklama ve Adli Kontrol**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.

ŞİRİN Tolga, **Özgürlük ve Güvenlik Hakkı-Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-1**, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara, 2018.

TURAN Hüseyin, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Makul Sürede Yargılanma Hakkı", **TAAD**, S. 11, 2012, ss. 47-75.

ULUSLARARASI AF ÖRGÜTÜ, **Adil Yargılanma Hakkı**, (çev. F. A. Tamer / E. Kaplan), İletişim Yayınları, İstanbul, 2000.

ÜNVER Yener / HAKERİ Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 15. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

VİTKOSKAS Dovydas / DİKOV Grigoriy, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Korunması**, 2. Bası, Avrupa Konseyi Yayınları, 2018.

YENİSEY Feridun / NUHOĞLU Ayşe, **Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı**, 2. Bası, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2014.

YÜCEL Mustafa Tören, **Yargı Sistemi Üzerine Denemeler**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları

Apicella / İtalya, Başvuru No: 64890/01, 29.03.2006.

Bahçeyaka / Türkiye, Başvuru No: 74463/01, 13.07.2006.

Balsyte-Lideikiene / Litvanya, Başvuru No: 72596/01, 04.11.2008.

Bendenoun / Fransa, Başvuru No: 12547/86, 24.02.1994.

Boddaert / Belçika, Başvuru No: 12919/87, 12.10.1992.

Boulois / Lüksemburg, Başvuru No: 37575/04, 03.04.2012.

Campbell ve Fell / Birleşik Krallık, Başvuru No: 7819/77-7878/77, 28.06.1984.

Corigliano / İtalya, Başvuru No: 8304/78, 10.12.1982.

Deweer / Belçika, Başvuru No: 6903/75, 27.02.1980.

Eckle / Almanya, Başvuru No: 8130/78, 15.07.1982.

Eğinlioğlu / Türkiye, Başvuru No: 31312/96, 20.12.2001.

Engel ve Diğerleri / Hollanda, Başvuru No: 5100/71, 08.06.1976.

Escoubet / Belçika, Başvuru No: 26780/95, 28.10.1999.

Ezeh ve Connors / Birleşik Krallık, Başvuru No: 39665/98 ve 40086/98, 09.10.2003.

Fati ve Diğerleri / İtalya, Başvuru No: 7604/76, 10.12.1982.

Garyfallou Aebe / Yunanistan, Başvuru No: 93/1996/712/909, 24.09.1997.

Girolami / İtalya, Başvuru No: 13324/187, 19.02.1991.

Jussila / Finlandiya, Başvuru No: 73053/01, 23.11.2006.

Kalashnikov / Rusya, Başvuru No: 47095/99, 15.07.2002.

Kart / Türkiye, Başvuru No: 8917/05, 03.12.2009.

König / Almanya, Başvuru No: 6232/73, 28.06.1978.

Kudla / Polonya, Başvuru No: 30210/96, 26.10.2000.

Kyprianou / Kıbrıs, Başvuru No: 73797/01, 15.12.2005.

Lauko / Slovakya, Başvuru No: 26138/95, 02.09.1998.

Lutz / Almanya, Başvuru No: 9912/82, 25.08.1987.

Matznetter / Avusturya, Başvuru No: 2178/64, 10.11.1969.

Neumeister / Avusturya, Başvuru No: 1936/63, 27.06.1968.

Öztürk / Almanya, Başvuru No: 8544/79, 21.02.1984.

Ravnsborg / İsveç, Başvuru No: 14220/88, 23.03.1994.

Serves / Fransa, Başvuru No: 20225/92, 20.10.1997.

Stögmüller / Avusturya, Başvuru No: 1602/62, 10.11.1969.

Suküt / Türkiye, Başvuru No: 59773/00, 11.09.2007.

Tomasi / Fransa, Başvuru No: 12850/87, 27.08.1992.

Turan / Türkiye, Başvuru No: 11529/02, 04.03.2008.

Wemhoff / Almanya, Başvuru No: 2122/64, 27.06.1968.

Yağcı ve Sargın / Türkiye, Başvuru No: 16419/90-16426/90, 08.06.1995.

Zana / Türkiye, Başvuru No: 18954/91, 25.11.1997.

Zimmermann-Steiner / İsviçre, Başvuru No: 8737/79, 13.07.1983.

Anayasa Mahkemesi Kararları

Abdulkadir Bolluk Başvurusu, Başvuru No: 2013/5278, 15.04.2014.

Atila Oğuz Boyalı Başvurusu, Başvuru No: 2013/99, 20.03.2014.

B.E. Başvurusu, Başvuru No: 2012/625, 09.01.2014.

E. 2011/43, K. 2012/10, 19.01.2012.

E. 2017/103, K. 2017/108, 18.07.2017.

Güher Ergun ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2012/13, 02.07.2013.

Mehmet Ali İncesu Başvurusu, Başvuru No: 2012/1145, 15.04.2014.

Mustafa Kâmil Uzuner ve Mustafa Kadir Gül Başvurusu, Başvuru No: 2013/3371, 09.03.2016.

Nail Yılmaz Başvurusu, Başvuru No: 2014/4147, 10.06.2015.

Osman Asilsoy Başvurusu, Başvuru No: 2014/99, 11.03.2015.

Remzi Durmaz Başvurusu, Başvuru No: 2013/1718, 02.10.2013.

Yıldıray Özbey Başvurusu, Başvuru No: 2014/18932, 08.09.2015.

YCGK, E. 2011/380, K. 2012/74, K.t. 06.03.2012.

http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/2082019153842istatistik2018.pdf, (Erişim Tarihi: 10.03.2020).

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2021; 1: 649-690

CONTEMPLATING TERRORISM UNDER THE JURISDICTION OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT: PROBLEMS AND PROSPECTS(*)

Av. **Duygu TAN**(**)

Abstract: Terrorism as a multi-faceted and complex phenomenon has revealed many discussions in the context of international law. The core problems on the crime of terrorism stem from the non-agreement on the definition of terrorism due to the disagreements on the legal ingredients of a possible definition of terrorism or on the existence of a legal definition of terrorism and the political reasons behind the failure of states to relinquish their sovereignty on terrorism. Examining thoroughly these issues, this article explores the status of international criminal law and the International Criminal Court ("ICC") on terrorism in the international legal framework, with a particular focus on prospects in respect of prosecuting terrorism under the customary international law or under the crimes against humanity or the war crimes which are the core crimes under the Rome Statute. Critically analyzing the prospects along with the elements of customary international law and core crimes in the framework of discussions in the academic literature, this contribution argues that the ICC may have a potential role in prosecuting terrorism under the crimes against humanity or the war crimes.

Keywords: Terrorism, International Criminal Law, ICC, Rome Statute, Crimes Against Humanity, War Crimes, Customary International Law.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 01.03.2021. Makale Kabul Tarihi: 31.05.2021.

(**) İstanbul Barosuna Kayıtlı Avukat;
Koç Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi (ORCID no: 0000-0002-3546-9904; *dtan13@ku.edu.tr*).

TERÖRİZMİ ULUSLARARASI CEZA DİVANI'NIN YARGI YETKİSİ DÂHİLİNDE DÜŞÜNMEK: SORUNLAR VE ÖNGÖRÜLER

Öz: Çok yönlü ve karmaşık bir olgu olarak terörizm, uluslararası hukuk bağlamında pek çok tartışmayı ortaya çıkarmıştır. Terörizm suçuna ilişkin temel sorunlar, olası bir terörizm tanımının yasal bileşenleri veya terörizmin yasal bir tanımının varlığına ilişkin tartışmalar ile devletlerin terörizm üzerindeki egemenliklerinden vazgeçmemesinin arkasında yatan politik sebepler nedeniyle, terörizmin tanımında uzlaşılamamasından ileri gelmektedir. Bu sorunları derinlemesine inceleyerek, bu makale, uluslararası yasal çerçevede terörizme ilişkin olarak uluslararası ceza hukuku ve Uluslararası Ceza Divanı'nın ("UCD") konumunu, terörizmin uluslararası teamül hukuku veya Roma Statüsü tahtında çekirdek suçlardan olan insanlığa karşı suçlar ya da savaş suçları kapsamında kovuşturulmasına ilişkin öngörülere odaklanarak irdelemektedir. Akademik literatürdeki tartışmalar çerçevesinde uluslararası teamül hukukunun ve çekirdek suçların unsurları ile birlikte eleştirel bir şekilde öngörüleri analiz ederek, bu çalışma, UCD'nin, insanlığa karşı suçlar veya savaş suçları kapsamında terörizmin kovuşturulmasında potansiyel bir rol oynayabileceğini savunmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Terörizm, Uluslararası Ceza Hukuku, UCD, Roma Statüsü, İnsanlığa Karşı Suçlar, Savaş Suçları, Uluslararası Teamül Hukuku.

INTRODUCTION

Terrorism has manifested itself in many societies in various forms. As its devastating and transnational impact increases, it has commenced to be qualified as a threat to international peace and security. Particularly, after the 9/11 attacks, the challenge faced by the world community has pushed the academic literature and the states to focus on terrorism and possible responses to it. Whilst the literature sets forth a dispersed interpretation on the intersection of terrorism with the key areas of international law such as international humanitarian law, international criminal law, the law of state responsibility, and human rights, the states have criminalized the terrorism in their domestic legislation as required by the post 9/11 resolutions of the United Nations Security Council ("UN SC").[1] Meanwhile, in order to adopt a common

[1] United Nations Security Council, Resolution 1368 adopted at its 4370th meeting, 12 September 2001 <https://digitallibrary.un.org/record/448051?ln=en> accessed 10 June 2020; United Nations Security Council, Resolution 1373 adopted at its 4385th meeting, 28 September 2001 <https://digitallibrary.un.org/record/449020?ln=en> accessed 10 June 2020.

approach, the Draft Comprehensive Convention on International Terrorism[2] has been negotiated but the negotiations have been deadlocked since the definition of terrorism cannot be agreed upon. Yet, this is not the only reason; states are also reluctant to regulate terrorism in international realm.

The unwillingness of states to relinquish their jurisdiction and sovereignty over terrorism-related cases to an international authority has made the idea of including terrorism under the jurisdiction of the International Criminal Court ("ICC") very debatable for a long time. Along with the fact that the crime of terrorism has not been included in the Rome Statute as a result of the Draft Rome Statute negotiations, no step has been taken to amend the Statute to include it. On the other hand, there are views raised that the ICC may have a potential role in prosecuting terrorism under the core crimes in this confused international legal framework.

In the present contribution, the first part aims to shed some light on the problematique of defining terrorism, which comprising the discussions on the legal definition of terrorism as well as its necessity and the impact of political context and dilemma of state sovereignty on terrorism. The second and third parts aim to examine prospects along with the discussions in the literature, on whether the ICC may prosecute terrorism under the customary international law or under some of the core crimes of the Rome Statute, namely, crimes against humanity and war crimes.

I. THE PROBLEMATIQUE OF DEFINING TERRORISM

1. The Legal Ingredients of a Possible Definition of Terrorism

The core problem faced by the international community in addressing terrorism is the difficulty to agree upon a universal legal definition of terrorism. Even though a series of conventions have been agreed upon in order to deal with various aspects of terrorism, those conventions specifically define it as being limited to the subject matter of the relevant convention.[3] In defining a general crime of international terrorism, some

---

[2] Draft Comprehensive Convention on International Terrorism <https://digitallibrary.un.org/record/450749?ln=en> accessed 10 June 2020.

[3] International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism, 1999 <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=XVIII-11&chapter=18> accessed 10 June 2020; International Convention for the Suppression of Terrorist Bombings, 1997 <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-9&chapter=18&clang=_en> accessed 10 June 2020.

criteria that need to be considered can be outlined as follows: the types of acts to be criminalized and their consequences; by whom the act is perpetrated (both state and non-state actors); the reasons why the act is committed (the intention and motive elements). Although states seem to agree on the types of acts and their extreme consequences, the discussions focus on the motivation behind the acts and the qualification of perpetrators.

Fundamentally, the failure to agree on the definition comes from the ambiguous nature of terrorism. The words *terrorism* or *terrorist* are mostly used in order to counter someone and something, and to justify this position.[4] However, as a classical dilemma and commonly used phrase in terrorism-related studies, "*One man's terrorist is another man's freedom fighter*." Some have confirmed this phrase, whereas others have found it irrelevant or wrong.[5] However, the question of how to draw the boundaries between terrorism and resistance/revolution/uprising with respect to obtaining independence, autonomy or the recognition of minority or group rights, remains subjective and arguable. The difficulty in differentiating between these different forms of political violence and terrorism puts the states in a predicament. For instance, *Christian Bay* conceptualizes terrorism as "*uncivil disobedience*". The non-civility of the disobedience comes from the violent nature of terrorism but it also includes an extreme level of political protest.[6] As a step to clarify these boundaries, *Allan* argues that "*When violence is directed at symbols of a government in power by those whose stated aim is to overthrow, then the violence is a revolution. If the violence is aimed at civilians and civilian property, then the violence is terrorism.*"[7] This claim is criticized on the grounds that it is insufficient to explain whether for instance, killing a policeman or a public official, on or off duty, may still be qualified as an act of terrorism and how the civilians and non-civilians are classified.[8]

---

4 HUDSON Rex A, **The Sociology and Psychology of Terrorism: Who Becomes a Terrorist and Why?: a Report**, the Library of Congress, 1999, p. 38.

5 JANSSON Julia, **Terrorism, Criminal Law, and Politics: the Decline of the Political Offence Exception to Extradition**, Routledge, 2020, p. 19.

6 JANNSON, p. 34; WIGHT Colin**, Rethinking Terrorism: Terrorism, Violence, and the State**, Palgrave McMillan, London, 2015, p. 11.

7 ALLAN Richard, "Terrorism, extradition and international sanctions", 3 **Alb. L.J. Sci. & Tech.,** 1993, pp. 327-ff, p. 329.

8 JANNSON, p. 19.

The difficulty in differentiating terrorism from other political actions reveals the main question of whether terrorism can be defined as a political crime. *Carl Schmitt* states, "*Every religious, moral, economic, ethical or other antithesis transforms into a political one if it is sufficiently strong to group human beings effectively according to friend and enemy*."[9] According to this statement, it can be argued that a strong opposing social phenomenon in the society is easily politicized and cause terrorism, terrorism divides people, and terrorists are defined as enemies. Moreover, if the distinction between *inimicus* and *hostis* is used as a criteria to classify the common and political crimes, as claimed by *Otto Kirchheimer*[10] that since the terrorists are obviously *hostis*, terrorism will be a political crime. However, at this point, it is useful to address the discussions from the perspective of enemy criminal law. Enemy criminal law is a concept introduced by the German legal scholar *Guenther Jakobs,* which builds the notion of enemy who is the dangerous individual persistently disrespecting the law and argues that anticipatory criminalization remains insufficient to respond this phenomenon, therefore, enemies must be *extra legem* and criminalization must become hostile for those individuals.[11] When this concept applies to the international context, terrorists would be defined as the enemies of the whole humankind, *hostis humani generis* and would be excluded from the world community.[12] Some scholars express their concerns about this concept and criticize it since it commoves the rhetoric of war; violates the perpetrator's dignity, equality principle and presumption of innocence; prefers security beforehand in the paradox of freedom and security; ceases the criminal law to be *ultima ratio*; and has a perpetrator-oriented approach rather than an act-oriented approach; and therefore, punishment tends to be disproportionate and circumvent procedural safeguards.[13] Hence, when

---

9 SCHMITT Carl, **The Concept of the Political: Expanded Edition**, University of Chicago Press, 2008, p. 37.

10 KIRCHHEIMER Otto, **Political Justice. The Use of Legal Procedure, for Political Ends**, Princeton University Press, 1961, p. 26.

11 TONDINI Matteo, "Beyond the Law of the Enemy: Recovering from the Failures of the Global War on Terrorism through (Criminal Law)", **Historical Processes and Peace Politics** No 5, 2008, pp. 59-81, p. 63.

12 MOECKLI Daniel, "The Emergence of Terrorism as a Distinct Category of International Law", **Texas International Law Journal**, Vol 44, 2009, pp. 157-183, p. 180.

13 WERKMEISTER Andreas, "International Criminal Law as a Means to Fight the "Hostes Humani Generis"? - On the Dangers of the Concept of Enemy Criminal Law" in FENWICK Mark / WRBKA Stefan (eds), **Legal Certainty in a Contemporary Context Private and**

conceptualizing terrorism as an international crime, it is useful to consider the breezes and criticisms of this concept as another policy problem arising from the division of society and naming terrorists as enemies.

As part of the question of whether terrorism is a political crime, another discussion is about whether the definition should involve an ideological element. As a well-known scholar in the field of international law, *M. Cherif Bassiouni,* refers to an ideologically motivated strategy of using terror-violence in order to reach a desired political result or to propagandize a political message or to criticize the current political structure and punish the society.[14] This strategy is also called by some as "*diplomacy of violence*" or "*coercive diplomacy*".[15] *Philip Jenkins*,[16] *C.A.J. Coady*,[17] and *Bruce Hoffman*[18] are also of the opinion that there is an ideological element in the acts of terrorists and state that in order to distinguish terrorism from common or 'ordinary' crimes, this specific political intent will be determinative. While 'ordinary' criminal acts are committed for personal reasons, terrorist acts aim to exert influence on a wider base and to create an atmosphere of fear and alarm for the specific political intent and/or the fraction that supports this intent. Ideological element has also been acknowledged by the Global Terrorism database[19], a database gathering information in respect of domestic and international terrorist attacks since 1970, and International Institute for Counter-Terrorism (ICT).[20]

Criminal Law Perspectives, Springer, 2016, pp. 184-186; MELIÁ Manuel Cancio, "Terrorism and Criminal Law: The Dream of Prevention, the Nightmare of the Rule of Law", **New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal**, Vol 14, No 1, University of California Press, 2011, pp. 108-122, p. 112.

14 BASSIOUNI M Cherif, **International Terrorism: Multilateral Conventions (1937-2001),** Transnational Publishers, Ardsley, 2001, pp. 16-19.

15 STOHL Michael, "Demystifying terrorism: The myths and realities of contemporary political terrorism" in STOHL Michael (ed), **The Politics of Terrorism**, first published 1988, CRC Press, 3rd Edition 2020, p. 5.

16 JENKINS Philip / BRUCKBERGER R L, **Images of Terror: What We Can and Can't Know about Terrorism,** Routledge, 2003, p. 6.

17 COADY C A. J., **Morality and Political Violence**, Cambridge University Press, 2008, p. 159.

18 HOFFMAN Bruce, **Inside Terrorism**, New York: Columbia University Press, 1998, p. 41.

19 It is referred as "specific motives of the attackers" in the Data Collection Methodology of Database, please see <https://www.start.umd.edu/research-projects/global-terrorism-database-gtd> accessed 11 June 2020.

20 CONTE Alex / GANOR Boaz, "ICT Paper Legal and Policy Issues in Establishing an International Framework for Human Rights Compliance When Countering Terrorism", **ICT**, 2005, pp. 17-18 <https://www.ict.org.il/UserFiles/20471-Ganor_Conte_Human_Rights.pdf> accessed 11 June 2020.

On the other hand, there are opposing views that find problematic to place terrorism into the category of political crime since political violence is a vague and general term and terrorism at its core is not always political and that kind of a classification does not cover the non-political terrorism. Moreover, many international treaties[21] including the International Convention for the Suppression of Terrorist Bombings,[22] the International Convention for the Suppression of the Financing Terrorism,[23] and the European Convention on the Suppression of Terrorism[24] explicitly state that none of the offences regulated under the treaties can be qualified as a political act/offence for the purposes of extradition and mutual legal assistance. Therefore, some scholars define acts committed for other than political motives, such as certain types of serious violent acts committed by psychopaths or organized crime groups, as terrorism.[25] Furthermore, some of those scholars associate terrorism with the organized crime as opposed to political crime since both terrorist groups and organized crime groups operating secretly, use threat of physical violence including similar tactics such as kidnapping, assassination, extortion, and stealing money to finance their organizations.[26]

Relating terrorism with organized crime may be rational in terms of non-political terrorist groups operating for private or group interests but for the terrorist groups seeking fundamental change in a society by using violence as a means of political action,[27] it can be argued that political

---

21 Please see Article 8 of the 1970 Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft; Article 8 of the 1971 Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Civil Aviation; Article 8 of the 1973 Convention on the Prevention and Punishment of Crimes against Internationally Protected Persons; Article 10 of the 1979 International Convention against the Taking of Hostages; Article 11 of the 1979 Convention on the Physical Protection of Nuclear Materials; Article 11 of the 1988 Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Maritime Navigation; and Articles 14 and 17 of the Draft General Convention against International Terrorism.

22 Please see Articles 9 and 11 of the 1997 International Convention for the Suppression of Terrorist Bombings.

23 Please see Articles 13 and 14 of the 1999 International Convention for the Suppression of Financing of Terrorism.

24 Please see Article 1 of the 1977 European Convention on the Suppression of Terrorism.

25 JANNSON, p. 30.

26 SAUL Ben, "The Legal Relationship between Terrorism and Transnational Crime" **International Criminal Law Review**, Vol. 17, No. 3, 2017, pp. 417-452, pp. 417-418.

27 SCHMID Alex P, "Revisiting the Relationship between International Terrorism and Transnational Organised Crime 22 Years Later", **ICCT**, 2018, pp. 1-40, pp. 13-14.

element should be incorporated into the definition of terrorism, and non-political terrorism should be described with other concepts.[28] For instance, at the European Union (EU) level, the Council Framework Decision on Combating Terrorism adopted in 2002[29] defined the terrorist offences for the first time and this definition may be useful step to reach a universal definition. Pursuant to Article 1 of the decision, terrorist offences have been distinguished from the common crimes by a specific intent so that if the crimes determined in this article[30] are committed with the aim of *"(i) seriously intimidating a population, or (ii) unduly compelling a Government or international organisation to perform or abstain from performing any act, or (iii) seriously destabilising or destroying the fundamental political, constitutional, economic or social structures of a country or an international organisation",* they shall be deemed to constitute terrorist offences. Even though those specific aims do not directly refer to the political element, they essentially contain it.

2. Is a Legal Definition of Terrorism Really Needed?

Considering all the discussions on a definition of terrorism, some scholars argue that it should be left to individual states to define what is meant by terrorism. Their arguments are based on that terrorism is a vague, highly political, analytically useless, and socially constructed concept. Therefore, they deduce that terrorism can vary by times and cultures and the ones who do the defining will shape it for their own political interests. Arguably, those

---

[28] SCHMID Alex P / JONGMAN Albert J, **Political Terrorism: A Research Guide to Concepts, Theories, Databases, and Literature**, Amsterdam: North Holland, 1984, p. 22.

[29] Council Framework Decision of 13 June 2002 on Combating Terrorism (2002/475/JHA) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32002F0475&from=en> accessed 11 June 2020.

[30] These acts are determined in Article 1 as follows: *"(a) attacks upon a person's life which may cause death; (b) attacks upon the physical integrity of a person; (c) kidnapping or hostage taking; (d) causing extensive destruction to a Government or public facility, a transport system, an infrastructure facility, including an information system, a fixed platform located on the continental shelf, a public place or private property likely to endanger human life or result in major economic loss; (e) seizure of aircraft, ships or other means of public or goods transport; (f) manufacture, possession, acquisition, transport, supply or use of weapons, explosives or of nuclear, biological or chemical weapons, as well as research into, and development of, biological and chemical weapons; (g) release of dangerous substances, or causing fires, floods or explosions the effect of which is to endanger human life; (h) interfering with or disrupting the supply of water, power or any other fundamental natural resource the effect of which is to endanger human life; (i) threatening to commit any of the acts listed in (a) to (h)*."

arguments are criticized in that all crimes are socially constructed so that there is an evolution in law making in line with this construction, and therefore, no law can be considered separately from the social and political context.[31]

R. Higgins has also defined terrorism as *the term of convenience* rather than a juridical term due to the uncertainty of terrorism and its' unclear relationship with other concepts such as minority, self-determination, and revolution and she has pointed out that terrorism is just a *convenient way* to illustrate some circumstances.[32] She further asks questions that deepen her hesitations: "*Does the theme of 'terrorism' really constitute a distinct topic of international law? (...) Is there an international law of terrorism; or merely international law about terrorism? Is our study about terrorism the study of a substantive topic, or rather the study of the application of international law to a contemporary problem?"*[33]

Those hesitations are understandable but it should be noted that even though the conventions and laws refer to terrorism without defining it, the lack of definition constitutes a potential and unforeseeable threat paving the way for human rights abuses. In the current situation, some national laws and courts defining or interpreting terrorism in a way that contradicts with international human rights law have demonstrated this so that terrorism label has been used to silence opposing segments of the society.[34]

3. The Political Reasons Behind the Failure of States to Relinquish their Sovereignty on Terrorism

The background behind the disagreements and hesitations on the definition of terrorism are deeply related with the dilemma of state sovereignty and politics. The state sovereignty at the core of international system displays its dominance in enforcement for terrorism-related offences.[35] Besides the state sovereignty, as a powerful actor in the area of terrorism, the United Nations

---

31 JANNSON, pp. 18-19.

32 SOREL Jean-Morc, "Some Questions about the Definition of Terrorism and the Fight against its Financing", **EJIL**, 2003, pp. 365-378, p. 370.

33 HIGGINS Rosalyn / FLORY Maurice, **Terrorism and International Law**, Routledge, 1997, p. 13.

34 Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Human Rights, Terrorism and Counter-Terrorism, Fact Sheet No. 32, 2008, pp. 1-2 <https://www.ohchr.org/documents/publications/factsheet32En.pdf> accessed 12 June 2020.

35 PROULX Vincent-Joël, "A Post-mortem for International Criminal Law? Terrorism, Law and Politics, and the Reaffirmation of State Sovereignty", **Harvard National Security Journal**, Vol 11, 2020, pp. 151-213, p. 162.

Security Council with its post-9/11 resolutions, required states to regulate terrorism in their domestic legislations[36] under its guide but adopted non-binding definition of terrorism[37] and imposed them strict reporting obligations.[38] Meanwhile, inability to reach a consensus in the area of international law that crosses with terrorism has driven normative and enforcement ambiguity and states generally prefer to enforce their own domestic legislation on terrorism-related investigations and prosecutions. Some argue that since there is no legal definition of terrorism, determining who a terrorist is should be in the state's discretion because it is essentially a political task but this idea empowers the hegemonic powers and their allies in international realm to determine the international public enemy.[39] States' reluctance to renounce their sovereignty to international institutions in respect of investigation and prosecution is predictably based on many political reasons.

One of the reasons is that states tend to distrust international institutions like the International Criminal Court since there are uncertainties with respect to the application of norms of the Rome Statute. Some argue that the structural and procedural constraints of the ICC push states to enforce their domestic systems and for instance, *the principle of complementarity* makes states as the main responsible for investigation and prosecution, even if terrorism would be a stand-alone crime.[40] Besides, states desire to immediately and effectively take action since terrorism directly affects their political implications and foreign relations. On the other hand, even if the principle of complementarity is in the jurisdictional design of the ICC, some states express their fears that the ICC may become politicized due to the fact that the subject of terrorism may entail international law to clash with the national interests.[41]

---

36 United Nations Security Council, Resolution 1368 adopted at its 4370th meeting, 12 September 2001 <https://digitallibrary.un.org/record/448051?ln=en> accessed 10 June 2020.

37 United Nations Security Council, Resolution 1566 adopted at its 5053rd meeting, 8 October 2004 <https://digitallibrary.un.org/record/532676?ln=en> accessed 10 June 2020.

38 United Nations Security Council, Resolution 1373 adopted at its 4385th meeting, 28 September 2001 <https://digitallibrary.un.org/record/449020?ln=en> accessed 10 June 2020; United Nations Security Council, Resolution 1624 adopted at its 5261st meeting, 14 September 2005 <https://digitallibrary.un.org/record/556538?ln=en> accessed 10 June 2020.

39 FRIEDRICHS Jörg, "Defining the International Public Enemy: The Political Struggle behind the Legal Debate on International Terrorism", **Leiden Journal of International Law**, Vol 19, Issue 1, 2006, pp. 69-91.

40 PROULX, 2020, p. 162.

41 BOISTER Neil, "The Exclusion of Treaty Crimes from the Jurisdiction of the Proposed International Criminal Court: Law, Pragmatism, Politics", **Journal of Conflict and Security Law**, Vol 3, Issue 1, 1998, pp. 27-43, p. 27.

Another political reason why states are unwilling to relinquish their sovereignty about terrorism is a matter of what happens when states or state agents directly or indirectly support or perpetrate acts of terrorism. During the negotiations of Draft Comprehensive Convention on International Terrorism, which has not entered into force yet, this issue was debated. The United States and its supporters persisted that the Draft Convention should not include state violence[42] and should instead cover only non-state actors and there was a tendency to address state-sponsored terrorism under the law of state responsibility.[43]

As mentioned above, particularly in democratically deficient countries, domestic terrorism laws have been used as a marginalizing or repressing tool against the opposing segments of the society, namely, political dissidents, journalists, civil society activists, and national liberation movements fighting for self-determination and/or against colonial domination. There is no doubt that this "terrorism" labelling becomes a highly subjective endeavour. Moreover, the governments have been using this labelling as a bargaining chip to induce or convince rebels that they will be sentenced to lesser punishments or that a ceasefire will be agreed so that they will not be punished.[44] Accordingly, states do not want to lose such a political power by giving a room for an international normative and enforcement mechanism.

II. IS THERE A CUSTOMARY INTERNATIONAL CRIME OF TERRORISM IN TIME OF PEACE?

Customary international law as one of the primary sources of international law is the only universally binding source of international law. Article 38 (1) (b) of the Statute of the International Court of Justice (ICJ) has defined international custom "*as evidence of the general practice accepted by the law*".[45] In accordance with this definition, the formation of

---

[42] BROOMHALL Bruce, "State Actors in an International Definition of Terrorism from a Human Rights Perspective", **Case Western Reserve Journal of International Law**, Vol 36, Issue 2, 2004, pp. 421-441, p. 430.

[43] PROULX, 2020, p.162.

[44] GROSS Emanuel, "Human Rights, Terrorism and the Problem of Administrative Detention in Israel: Does a Democracy Have the Right to Hold Terrorists as Bargaining Chips?", **Arizona Journal of International and Comparative Law**, Vol 18, No 3, 2001, pp. 721-791, pp. 721-722.

[45] Statute of the International Court of Justice, <https://www.icj-cij.org/en/statute> accessed 11 June 2020.

customary international law is based on two elements: state practice and *opinio juris* (or *juris*). First, there must be an evidence of uniformity of practice by a significant number of states. State practice may be measured by or observed in domestic legislation, diplomatic notes, official statements, government manuals, unanimously agreed resolutions of the United Nations (UN) General Assembly, other soft law instruments, and the like.[46] Secondly, this State practice must be recognized by the states that it can be rendered as a binding obligation on states in international law and this is called *opinio juris*. Establishing *opinio juris* may be difficult as it is usually subject to the facts and circumstances.[47] For instance, a judicial pronouncement[48] or a favorable mention in a UN resolution[49] -even it is adopted by a large majority of votes- may not be sufficient enough for the formation of a customary international rule.

When customary international law is considered along with the criminal law dimension of international criminal law, the fundamental principles will have to be addressed. These are the following: no one can be found guilty of a crime that was not a crime under the law (*nullum crimen sine lege*); the criminal prohibition must be in written (*lex scripta*); *ex post facto* laws and the retroactive application of criminal law are prohibited (*lex praevia*); and the elements of a crime must be clearly and unambiguously described (*lex certa*). Leaving aside *lex scripta*, those principles are also included in Articles 22, 23, and 24 of the Rome Statute and it must be considered that they will be applied to the rules of customary law claimed to generate criminal responsibility as well.[50]

Regarding the Special Tribunal for Lebanon's (STL) (established by the SC in 2007) jurisdiction on holding the individuals responsible for the 2005

---

46 AUST Anthony, **Handbook of International Law**, Second Edition, Cambridge University Press, 2010, pp. 6-7.

47 ÇALI Başak, **International Law for International Relations**, OUP, 2010, pp. 124-125.

48 ICJ, Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276, Advisory Opinion, **ICJ Reports** (1971), p. 6; paras. 87-116; 49 ILR 2; and ICJ, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion (UN), **ICJ Reports** (1996), p. 226; paras. 64-73; 110 ILR 163.

49 ICJ, East Timor (Portugal v. Australia), 1995, supra note 43, p. 103-104, paras. 30-32.

50 AMBOS Kai / TIMMERMANN Anina, "Terrorism and Customary International Law" in SAUL Ben (ed), **Research Handbook on International Law and Terrorism**, Edward Elgar Publishing, 2014, p. 22.

assassination of the Lebanese Prime Minister and related attacks, the prosecutor submitted an indictment to pre-trial judge in 2011 and the pre-trial judge referred it to the Appeals Chamber (Chamber) to clarify the questions in respect of substantive criminal law on terrorism to be applied by the STL.[51] The Chamber in its decision argues that the legislative and judicial practices of states, UN resolutions, treaties demonstrate that a customary rule of international law on international crime of terrorism has emerged in time of peace.[52] When defining the terrorism, the Chamber applied the Lebanese domestic crime of terrorism, filled the gaps in the definition via interpreting international law instruments, and determined the following key elements in the customary crime of terrorism: "(*i) the perpetration of a criminal act (such as murder, kidnapping, hostage-taking, arson, and so on), or threatening such an act; (ii) the intent to spread fear among the population (which would generally entail the creation of public danger) or directly or indirectly coerce a national or international authority to take some action, or to refrain from taking it; (iii) when the act involves a transnational element.*"[53] The Chamber did not include the motive element (such as political, religious, or ideological purpose) in this definition since it observed that there is no uniformity in state practice but for this definition, the Chamber claimed that very few states can be rendered as persistent objectors as these elements can also be observed in many national laws, the Arab Convention for the Suppression of Terrorism, and the Council Framework Decision on Combating Terrorism.[54] The Chamber further indicated that the Supreme Court of Canada in *Suresh v. Canada*; the Italian Supreme Court of Cassation in *Bouyahia Maher Ben Abdelaziz et al.*; the First "Judge of Amparo" on Criminal Matters in the Federal District of Mexico; the Judge Antonio Boggiano's Concurring Opinion in the *Enrique Lau/aro Arancibla Clovel Case* decided by the Argentinian Supreme Court; and the U.S. Federal Court in *Almog v. Arab Bank* recognized and shared the existence and elements of crime of terrorism under customary international law with consistency.[55] Along with these grounds, the Chamber reached a

---

51 PROULX, 2020, p. 172.

52 STL's Appeals Chamber Decision (2011) Case No: STL - 11-01/1 <https://www.legal-tools.org/doc/ceebc3/pdf/> accessed 11 June 2020.

53 STL's Appeals Chamber Decision, para 85.

54 STL's Appeals Chamber Decision, para 110.

55 STL's Appeals Chamber Decision, para 86.

conclusion that there is a settled practice on punishment of acts of terrorism, this punishment responds to a social necessity (*opinio necessitias*), and therefore, it becomes required by an existing rule (*opinio juris*).[56] Accordingly, the Chamber rejects the dominant view in the academic literature, which is that there is no universally legal definition of terrorism. Besides, *Antonio Cassese*[57] who also presided in the STL Chamber's this decision, *Marcello Di Filippo*,[58] and *Patrick Robinson*[59] have had views supporting the existence of international customary crime of terrorism prior to the STL Chamber's decision.

On the other hand, there is a dominant counterview advocating that there is no customary crime of terrorism as there is neither sufficient state practice nor *opinio juris* to support establishing such a crime and strongly criticizing the STL Chamber's decision. The critics of the decision indicate that as per Article 2 of the STL founding statute, the tribunal applied the provisions of Lebanese Criminal Code at first and then, continued to justify the use of international law as not a direct application but an interpretive instrument.[60] Indeed, this interpretive approach is necessary for all rulings but in the Chamber's decision, critics argue that the Chamber followed a broad method in which it construed all domestic legislation within international law rather than an interpretation to specific uncertainties. It thereby unduly expanded the scope of Lebanese criminal law as the definition asserted under customary international law is broader than the Lebanese provision and likely violated the *nullum crimen sine lege* principle.[61] The Chamber presumed this counterargument and stated that

---

56 STL's Appeals Chamber Decision, para 102.

57 CASSESE Antonio, "Terrorism as an International Crime" in BIANCHI Andrea (ed), **Enforcing International Law Norms against Terrorism**, Hart Publishing, 2004, pp. 213-225.

58 DI FILIPPO Marcello, "Terrorist Crimes and International Co-operation: Critical Remarks on the Definition and Inclusion of Terrorism in the Category of International Crimes", **EJIL**, Vol 19, Issue 3, 2008, pp. 533-570, p. 569.

59 ROBINSON Patrick, "The Missing Crimes" in CASSESE Antonia / GAETA Paola / JONES John R W D (eds) **The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary**, Oxford Press, 2002, p. 518, 520.

60 STIER Erik, "The Expense of Expansion: Judicial Innovation at the Special Tribunal for Lebanon", **Boston College International and Comparative Review**, Vol 36, Issue 3, 2014, pp. 115-129, p. 116, 127.

61 AMBOS Kai, "Judicial Creativity at the Special Tribunal for Lebanon: Is There a Crime of Terrorism under International Law?", **Leiden Journal of International Law**, 2011, pp. 655-675, p. 661.

"*the principle of legality does not preclude the progressive development of the law by the court.*"[62] Yet, this situation continues to raise questions in relation to the boundaries between judicial interpretation and legislation.[63]

Additionally, the Chamber's decision is also criticized since it referred that "*consistent national legislation can be another important source of law indicative of the emergence of a customary rule*."[64] Some scholars express that even though the Chamber specifies the transnational element of crime of terrorism, it does not make a differentiation between national laws addressing domestic terrorism and those addressing international terrorism. Since most of national laws regulate domestic terrorism and the definitions are very diverse -it is also claimed that some national terrorism laws relied on in the decision are not in compliance with international human rights law-, scholars argue that those national laws cannot be considered as evidence of widespread agreement on terrorism.[65] Likewise, the national judicial decisions, international treaties, and UN resolutions referred in the decision are criticized that they basically and obviously do not support that terrorism is a customary crime as claimed.[66]

As can be seen, although the Chamber's evaluation was found correct on that there is no customary crime of terrorism in an armed conflict -to be discussed in the part of "Could Terrorism be prosecuted under the War Crimes?" of this study-[67] and there is no consensus on whether crime of terrorism should include motive element,[68] the academic literature strongly criticized the Chamber's decision due to its' poor reasoning, the misreading of legal sources, misapplication of methodology, and expressed concerns that this might jeopardize the STL proceedings in the future.[69]

---

62 STL's Appeals Chamber Decision, para 135.

63 STIER, p. 127.

64 STL's Appeals Chamber Decision, para 91.

65 SAUL Ben, "Legislating from a Radical Hague: The United Nations Special Tribunal for Lebanon Invents an International Crime of Transnational Terrorism", **Sydney Law School, Legal Studies Research Paper** No 11/35, 2011, pp. 7-8.

66 SAUL, 2011, pp. 9-23.

67 Please see pp. 20-21.

68 SAUL, 2011, pp. 23-24.

69 PROULX, 2020, p. 182.

III. INTERNATIONAL CRIMINAL LAW AND COUNTER-TERRORISM: INCLUSION OF TERRORISM IN THE JURISDICTION OF THE ICC?

Under international criminal law, the core crimes enumerated in the Rome Statute -the crime of genocide, crimes against humanity, war crimes and aggression- have been prosecuted at both domestic and international levels. On the other hand, when it comes to the crimes of terrorism, international legal framework consigns the duty and power to prosecute those crimes to the domestic courts without establishment of an international crime of terrorism but via provisions of sectoral counter-terrorism conventions. Indeed, there is no overlap between this framework and international criminal law in respect of terrorism and there are two independent structures following on their paths. While this situation weakens the normative foundation of an international crime of terrorism and a "*state of confusion*" dominates the international legal framework, the core crimes are prosecuted by a systematic legal reasoning under the Rome Statute.[70]

During the Draft Rome Statute negotiations, a broad provision titled "crimes of terrorism" was *pro tem* inserted into the Draft Statute but a majority of states opposed this insertion due to the fact that terrorism is already included in international treaties and acts of terrorism have different characteristics from other crimes in which the international legal framework is effective. The lack of legal definition, fear of politicization of the court, and other political reasons addressed above were also the arguments presented. Thus, "crimes of terrorism" as a stand-alone crime was excluded from the finalized Rome Statute.[71] However, the drafters added a recommendation to the Final Act of the Rome Statute, for the inclusion of terrorism and drug crimes in the jurisdiction of the ICC to be discussed at a future conference. Thenceforward whilst some political agents suggested to make an amendment to the Rome Statute in the direction of the inclusion of terrorism as a stand-alone crime, the political will was not in this view.[72] When the States were convened in the Review Conference held in 2010 in Kampala, Uganda, terrorism was not included in the agenda for the Review

---

70 PROULX, 2020, pp. 170-171.

71 PROULX, 2020, p. 176.

72 MARTINEZ Lucy, "Prosecuting Terrorists at the International Criminal Court: Possibilities and Problems", **Rutgers Law Journal**, Vol 34 1, 2002, pp. 1-62, pp. 17-19.

Conference and was not mentioned even once in the official records of the conference.[73] This overall picture has pushed some scholars to discuss whether it is theoretically possible to relate the acts of terrorism with elements of core crimes and conceptualize them as an international crime under international criminal law, and accordingly, whether the ICC may have a potential role to deal with terrorism under those core crimes.[74]

In this study, the potential for the prosecution of terrorism will only be addressed under crimes against humanity and war crimes. The crime of genocide regulated under Article 6 of the Rome Statute[75] stipulates the commission of any of the acts enumerated therein with the special genocidal intent -"*to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such.*" Even though some acts of terrorism would meet the requirements of at least some of those acts, e.g. "*killing members of the group*", "*causing serious bodily or mental harm to members of the group*", it is difficult to prove the special genocidal intent in a concrete case since most of the terrorist acts have different political purposes other than the annihilation of a victimized group, in other words, such an intent is rare.[76] As to the crime of aggression, Article 8bis of the Rome Statute[77] briefly requires

---

[73] Review Conference of the Rome Statute of the International Criminal Court, Kampala, Uganda, May 31-June 11, 2010, Official Records, Doc. RC/11 <https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP9/OR/RC-11-Part.I-ENG.pdf> accessed 21 March 2021.

[74] GALINGGING Ridarson, "Prosecuting Acts of Terrorism as Crimes against Humanity under the ICC Treaty" **Jurnal Hukum Internasional**, Vol 7, No 4, 2010, pp. 746-774, p. 750.

[75] Please see full Article 6 of the Rome Statute: "*For the purpose of this Statute, "genocide" means any of the following acts committed with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such: (a) Killing members of the group; (b) Causing serious bodily or mental harm to members of the group; (c) Deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part; (d) Imposing measures intended to prevent births within the group; (e) Forcibly transferring children of the group to another group*."

[76] COHEN Aviv, "Prosecuting Terrorists at the International Criminal Court: Re-Evaluating an Unused Legal Tool to Combat Terrorism", **Michigan State International Law Review**, Vol 20: 2, 2012, pp. 219-257, p. 241.

[77] Please see full Article 8bis of the Rome Statute: "*1. For the purpose of this Statute, "crime of aggression" means the planning, preparation, initiation or execution, by a person in a position effectively to exercise control over or to direct the political or military action of a State, of an act of aggression which, by its character, gravity and scale, constitutes a manifest violation of the Charter of the United Nations. 2. For the purpose of paragraph 1, "act of aggression" means the use of armed force by a State against the sovereignty, territorial integrity or political independence of another State, or in any other manner inconsistent with the Charter of the United Nations. Any of the following acts, regardless of a declaration of war, shall, in accordance with United Nations General Assembly resolution 3314 (XXIX) of*

the planning, preparation, initiation or execution of an act of aggression - the use of armed force by a State against the sovereignty, territorial integrity or political independence of another State, or in any other manner inconsistent with the Charter of the United Nations - by a person in a position effectively to exercise control over or to direct the political or military action of a State - the quality of the perpetrator is also called as the "*leadership*" requirement in the literature. Moreover, the character, gravity, and scale of the act of aggression should constitute a manifest violation of the Charter of the United Nations.[78] It is argued that terrorism will probably not be able to be prosecuted as a crime of aggression like the crime of genocide under the Rome Statute because of two main reasons: i) regarding the element of manifest violation of the Charter of the United Nations, the threshold is high for the greater part of terrorist acts and there is a gap due to the bilateral agreements under Article 98 of the Rome Statute; ii) most of the terrorist acts would not meet the leadership requirement since they are generally committed by the non-state actors.[79] Accordingly, the present contribution will not further detail the prosecution of terrorism under the crime of genocide and the crime of aggression, and will be limited to focus on the possibility to fit the crime of terrorism into crimes against humanity and war crimes.

---

14 December 1974, qualify as an act of aggression: (a) The invasion or attack by the armed forces of a State of the territory of another State, or any military occupation, however temporary, resulting from such invasion or attack, or any annexation by the use of force of the territory of another State or part thereof; (b) Bombardment by the armed forces of a State against the territory of another State or the use of any weapons by a State against the territory of another State; (c) The blockade of the ports or coasts of a State by the armed forces of another State; (d) An attack by the armed forces of a State on the land, sea or air forces, or marine and air fleets of another State; (e) The use of armed forces of one State which are within the territory of another State with the agreement of the receiving State, in contravention of the conditions provided for in the agreement or any extension of their presence in such territory beyond the termination of the agreement; (f) The action of a State in allowing its territory, which it has placed at the disposal of another State, to be used by that other State for perpetrating an act of aggression against a third State; (g) The sending by or on behalf of a State of armed bands, groups, irregulars or mercenaries, which carry out acts of armed force against another State of such gravity as to amount to the acts listed above, or its substantial involvement therein."

78 Elements of Crimes 2011, International Criminal Court, p. 43 <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/336923D8-A6AD-40EC-AD7B-45BF9DE73D56/0/ElementsOfCrimesEng.pdf> accessed 11 June 2020.

79 MUHAMMADIN Fajri Matahai, "Terrorism and the Crime of Aggression under the Rome Statute", **Jurnal Mimbar Hukum**, Vol 27: 1, 2015, pp. 128-144.

1. Could Terrorism be Prosecuted under Crimes Against Humanity?

The idea of prosecuting terrorism under crimes against humanity has essentially emerged with 9/11 attacks and many distinguished commentators[80] have defended this position. Before explaining the legal reasoning behind this position, it will be useful to address the elements of crimes against humanity under the Rome Statute. As per Article 7 of the Rome Statute, crimes against humanity means the commission of certain acts[81] stipulated in this Article "*as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population, with knowledge of attack.*" The perpetrator of the crime may be a state or an organization. The victim of the crime may be any civil population in which the notion of "civilian" means all persons who are not legally described as "combatants" and the population means a quite large group of people.[82] The attack on the civil population must be widespread or systematic, and the civil population must be directly targeted or intended by the attack as primary objectives, in other words, the attack must not be accidental. Besides, the attack does not need to be military, and customary international law prohibits such crimes in time of both war and peace. The notion of "*widespread*" attack refers to a perceptible criteria which includes a large-scale nature and a considerable number of victims but there is no certain threshold in terms of the number of victims. Whilst a widespread attack may have a cumulative consequence of an array of acts, it may be a single exceptional inhumane act that causes serious consequences. As to the term of "*systematic*" attack, it refers to the organizational nature of inhumane acts so that there is no room for the incidental occurrence.[83]

---

[80] PROULX, 2020, pp. 177-178: "*These commentators are UN High Commissioner for Human Rights Mary Robinson, UN Secretary-General Kofi Annan, Robert Badinter, M. Cherif Bassiouni, Antonio Cassese, Alain Pellet, Geoffrey Robertson QC, and David Scheffer*."

[81] These certain acts are determined in Article 7 of the Rome Statute as follows: *"(a) Murder; (b) Extermination; (c) Enslavement; (d) Deportation or forcible transfer of population; (e) Imprisonment or other severe deprivation of physical liberty in violation of fundamental rules of international law; (f) Torture; (g) Rape, sexual slavery, enforced prostitution, forced pregnancy, enforced sterilization, or any other form of sexual violence of comparable gravity; (h) Persecution against any identifiable group or collectivity on political, racial, national, ethnic, cultural, religious, gender as defined in paragraph 3, or other grounds that are universally recognized as impermissible under international law, in connection with any act referred to in this paragraph or any crime within the jurisdiction of the Court; (i) Enforced disappearance of persons; (j) The crime of apartheid; (k) Other inhumane acts of a similar character intentionally causing great suffering, or serious injury to body or to mental or physical health."*

[82] MARTINEZ, pp. 37-39.

[83] MARTINEZ, pp. 33-37.

The question of whether the commission of the acts as part of the attack under Article 7 is based on a policy is controversial. While the ICC, in its first decisions indicated that the policy element may constitute an evidence for the systemic feature of the attack, in its later case-law, it abandoned this approach and stated that "*while "systematic" requires high levels of organization and patterns of conduct or recurrence of violence, to "establish a 'policy', it need to be demonstrated only that the State or organization meant to commit an attack against a civilian population*."[84] Contrarily, there are also some decisions of the Pre-Trial Chamber, which requires the proof of formal adoption of the policy[85] but this approach is heavily criticized since such an element does not exist in the definition of the crimes against humanity and such requirement is inconsistent with the past case-law of the ICC.[86] By taking the development of the case-law and the *Elements of Crimes,* a document stipulating the structure and requirements of the crimes under the ICC's jurisdiction, into account, it can thereby be said that the policy element can be deduced from how the attack is conducted and there is no high expectation on existence of a special or formal policy.[87]

As regards the mental elements (*mens rea*), there are two mental elements required for the crimes against humanity: i) the perpetrator had a direct or indirect intent for the commitment of any of the acts under Article 7; and ii) he/she was aware of the existence of a widespread or systematic attack and his/her act is part of it[88] - this can also be explained as awareness of the context or "big picture". The awareness of the context can be inferred from the historical and political circumstances; the duties or responsibilities

---

84 United Nations, 'Report of the International Law Commission, Seventy-first session (29 April-7 June and 8 July-9 August 2019)', p. 39 <https://legal.un.org/ilc/reports/2019/english/a_74_10_advance.pdf> accessed 12 June 2020.

85 ROBINSON Darryl, "The Draft Convention on Crimes against Humanity: What to do with the Definition?" in BERGSMO Morten / TIANYING Song (eds), **On the Proposed Crimes against Humanity Convention**, Torkel Opsahl Academic E Publisher Brussels, 2014, p. 126.

86 ROBINSON Darryl, "Crimes against Humanity: A Better Policy on 'Policy'" in STAHN Carsten (ed), **The Law and Practice of the International Criminal Court**, Oxford University Press, 2015, p. 705.

87 MARTINEZ, pp. 35-36; WILT Harmen van der / BRABER Inez, "The Case for Inclusion of Terrorism in the Jurisdiction of the International Criminal Court", **ACIL Research Paper** 2014-13, 2014, p. 10.

88 Elements of Crimes 2011, International Criminal Court, p. 5 <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/336923D8-A6AD-40EC-AD7B-45BF9DE73D56/0/ElementsOfCrimesEng.pdf> accessed 11 June 2020.

that the perpetrator undertakes in his/her organization's hierarchy. The link between the act and a widespread or systematic attack also actually distinguishes the crimes against humanity from irregular and single individual acts so if the perpetrator does not have knowledge that his/her act is part of the context, then it will be deemed that he/she would only have *mens rea* for an ordinary crime and not a crime against humanity.[89]

Within this framework, when it is focused on whether it is possible to fit the crime of terrorism into the crimes against humanity rubric, first, it should be identified whether the terrorist groups can be qualified as as a perpetrator acting under an organizational policy. In respect of the "*organization*" for the purposes of the policy element, the ICC has adopted a broad understanding[90] despite the opposite ideas of names such as *Bassiouni*[91] and Judge *Hans-Peter Kaul*[92]*,* and accepted that the term may include the terrorist organizations.[93] Whilst the majority opinion advocates that any organization having power to promote and encourage large-scale crimes over a certain period of time and possessing established structures can be hold responsible for its plan or policy so the term of "*organization*" may include terrorist organizations,[94] the minority opinion argues that only State-like organizations exercising territorial control can be accountable for the requisite policy. If the minority opinion were adopted, then it would not be possible to discuss terrorist acts under crimes against humanity and some

---

89 CLARK Roger S., "The Mental Element in International Criminal Law: The Rome Statute of the International Criminal Court and the Elements of Offences", **Criminal Law Forum** 12, 2001, pp. 291-334, pp. 327-329.

90 PROULX Vincent-Joël, "Rethinking the Jurisdiction of the International Criminal Court in the Post-September 11th Area: Should acts of terrorism qualify as crimes against humanity?", **American University International Law Review**, Vol 19, Issue 5, 2004, pp. 1009-1089, pp. 1076-1079.

91 BASSIOUNI M Cherif, **The Legislative History of the International Criminal Court: Introduction, Analysis and Integrated Text**, Transnational Publishers, Vol I, 2005, pp. 151-152.

92 WILT and BRABER, 2014, pp. 11-12.

93 Prosecutor v Germain Katanga (7 March 2014) ICC Trial Chamber II, Case No: ICC-01/04-01/07, Judgment pursuant to article 74 of the Statute, paras 1118 et seq <https://www.icc-cpi.int/courtrecords/cr2015_04025.pdf> accessed 21 December 2020.

94 WERLE Gerhard / JESSBERGER Florian, **Principles of International Criminal Law (Third Edition) (OUP 2014) mn 904; Ben Saul, Defining Terrorism in International Law**, OUP 2008, p. 183, as cited in ÖNOK R. Murat**,** "Can Terrorist Acts be Prosecuted as a Crimes against Humanity? An Analysis under International and Turkish Law", **DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof Dr Durmuş TEZCAN'a Armağan, C 21, Özel S, 2019, pp. 655-700, p. 682.

further argue that this would contradict with the situation in which the crime of genocide can be committed by anyone.

Terrorist acts as a concept were excluded from the list of acts stipulated in Article 7 of the Rome Statute. Nonetheless, as can be inferred from the outline of the elements above, there are three requirements for a terrorist act to fall under the definition of crimes against humanity: i) at least one of the acts specified in Article 7 is committed; ii) the act is committed as part of a widespread or systematic attack directed against a civilian population; iii) the perpetrator has a *mens rea* for his/her act and he/she is aware that the act is part of a widespread or a systematic attack.

The acts enumerated in Article 7, namely, murder, deportation or forcible population, imprisonment or other severe deprivation of physical liberty, torture, and enforced disappearance can be committed as part of the terrorism.

Regarding the element of commission of the act as part of a widespread or systematic attack, along with the fact that most of the terrorist acts are widespread and systematic, the problem may arise for the following case as *Önok* states: "*When there is a wave of coordinated attacks over a relatively concentrated period of time, at what point has this campaign reached the level which qualifies it as a 'systematic attack'*?"[95] The additional question here is, "In case there are attacks committed in different nations, is it possible to take into account their cumulative effect? If it is, at what point will their cumulative effect meet the criterion of a 'systematic attack'?" These questions will be difficult to answer in some cases. Besides, if a series of attacks is not centrally organized or is not connected to each other, then those acts will not qualify as a systematic attack.[96] On the other hand, in cases where the systematicity or the cumulative effect is not difficult to calculate in a temporal or geographical sense, other organizational terrorist acts with serious consequences, whether in the form of a single exceptional act or an array of acts, will be considered as part of a widespread or systematic attack, and therefore will satisfy this requirement.

---

[95] ÖNOK R. Murat, "Can Terrorist Acts be Prosecuted as a Crimes against Humanity? An Analysis under International and Turkish Law", **DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof Dr Durmuş TEZCAN'a Armağan, C 21, Özel S, 2019, pp. 655-700, p. 677.

[96] ÖNOK, p. 677.

While the accused terrorist should have a *mens rea* for the act he/she commits including being aware of the link between his/her act and a widespread or systematic attack, he/she does not have to share the same ideological goals -they may even not know those goals- with the group envisaging the plan or does not have to take part in the formation of the policy. Accordingly, most of the terrorist attacks will easily meet the requirements of the mental elements. As a matter of fact, in general, terrorists are also familiar with their organization's plan or policy and aware of their roles in this framework.[97]

In light of the above, some argue that terrorist acts can fit within the parameters of the crimes against humanity and be prosecuted under these headings.[98] For instance, some scholars strongly argued that 9/11 terrorist attacks satisfied the elements of a crime against humanity of murder and could be prosecuted.[99] The attacks as part of Al Qaeda's policy against the United States caused the death of thousands of people and the Twin Towers, the Pentagon, and the White House were targeted. Thus, the attacks were widespread and systematic. Moreover, the victims were civilians. Although there were army officials working at the Pentagon, some argued that they were executing their administrative functions not army hostilities so they must be qualified as civilians.[100] It should also be noted that the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia ("ICTY") Trial Chamber in the *Kordić* case, accepted that it is sufficient for the victim group to be predominantly civilian and certain number of non-civilians does not affect the character of the group for the crimes against humanity.[101] Going further, *Cassese* claims that in customary international law, there is no such a limitation which stipulates that the victim group should be civilian; so the crimes against humanity may also be committed against the state officials including the military personnel.[102] Even though those scholars' attempts

---

97 ÖNOK, p. 685.

98 MARTINEZ, p. 34.

99 PROULX, 2004, p. 1051, pp. 1080-1083.

100 GALINGGING, p. 763.

101 Prosecutor v Kordić & Čerkez (IT-95-14/2) (2001) ICTY Trial Chamber, par 180 <https://www.icty.org/x/cases/kordic_cerkez/tjug/en/kor-tj010226e.pdf> accessed 21 March 2021.

102 CASSESE Antonio, "The Multifaceted Criminal Notion of Terrorism in International Law", **Journal of International Criminal Justice**, Vol 4, Issue 5, 2006, pp. 933-958, p. 949, as cited in ÖNOK, p. 668.

seem to create a pushing effect for aligning terrorist acts by establishing a possible intersection between them and the crimes against humanity within jurisdictional requirements of the Rome Statute in years following 9/11 attacks, they have met a strong resistance afterwards due to political context as explained above.

The only resistance is not just political but also legal. Some scholars argue that prosecuting terrorism under crimes against humanity or under the other core crimes does not comply with Article 22/2[103] of the Rome Statute since this Article requires the strict interpretation of the crimes and prohibits their extension by analogy.[104] However, here it should be noted that there is no interpretation of an act of terrorism as a stand-alone crime or a separate act under Article 7. Therefore, if an act of terrorism meets all requirements of Article 7, then it will fall under the substantive jurisdiction of the ICC and using the principle of legality as an obstacle leading not to prosecute terrorism will not accord with the principles of criminal law.[105]

Another distinctive argument is to prosecute terrorist acts under the category of Article 7(1)(k) of the Rome Statute, which criminalizes "*other inhumane acts of a similar character intentionally causing great suffering, or serious injury to body or to mental or physical health*". According to *Elements of Crimes*, such acts can be considered as "similar" to other acts in Article 7(1) only if they have the same degree of nature and severity. Whilst such interpretation provides a flexibility -also called as "all catch up norm" - for including terrorist acts under the crimes against humanity rubric by enabling prosecution of any atrocity other than the specified acts, on the other hand, it likely gives a discretion that could end up not involving terrorism.[106] Furthermore, in relation to Article 7 (1)(k), the Pre-Trial Chamber I stated that it should include "*serious violations of international customary law and basic rights pertaining to human beings, drawn from the norms of international human rights law, which are of a similar nature and*

---

[103] Please see full Article 22/2: "*The definition of a crime shall be strictly construed and shall not be extended by analogy. In case of ambiguity, the definition shall be interpreted in favour of the person being investigated, prosecuted or convicted.*"

[104] ÖNOK, p. 689, fn 172.

[105] KENNY Cóman, "Prosecuting Crimes of International Concern: Islamic State at the ICC?", **Utrecht Journal of International and European Law** 33 (84), 2017, pp. 120-145, p. 134, as cited in ÖNOK, p. 689, fn 172.

[106] GALINGGING, pp. 769-770.

gravity to the acts referred to in Article 7(1) of the Statute".[107] Likewise, the Pre-Trial Chamber II indicated that Article 7 (1) (k) "*must be interpreted conservatively and must not be used to expand uncritically the scope of crimes against humanity*."[108] Hence, it can be said that the scope of "other inhumane acts" is much narrower than it is first thought and may be argued that it cannot include terrorism.

2. Could Terrorism be Prosecuted under War Crimes?

International humanitarian law (also known as *jus in bello*) ("IHL") as a body of international law governing the conduct of hostilities or armed conflicts involves rules which directly or indirectly prohibit certain acts of terrorism in both international and non-international armed conflicts, even though neither the Geneva Conventions of 1949 nor the Additional Protocols of 1977 define the term terrorism. Article 33 of the Geneva Convention IV,[109] Article 51(2) of the Additional Protocol I[110] ("AP I"), and Article 4(2)[111] and Article 13(2)[112] of Additional Protocol II ("AP II") are those provisions addressing and prohibiting terrorism. Whilst the Geneva

---

[107] Prosecutor v Katanga (2008) ICC Pre-Trial Chamber I, Case No. ICC-01/04-01/07-717, Decision on Confirmation of Charges, par 448 <https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2008_05172.PDF> accessed 11 June 2020.

[108] Prosecutor v Muthaura (2012) ICC Pre-Trial Chamber II, Case No. ICC-01/09-02/11-382-Red, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7) (a) and (b) of the Rome Statute, par 269 <https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2012_01006.PDF> accessed 11 June 2020.

[109] Article 33 of the Geneva Convention IV: "*No protected person may be punished for an offence he or she has not personally committed. Collective penalties and likewise all measures of intimidation or of terrorism are prohibited. Pillage is prohibited. Reprisals against protected persons and their property are prohibited."*

[110] Article 51(2) of the Additional Protocol I: "*2. The civilian population as such, as well as individual civilians, shall not be the object of attack. Acts or threats of violence the primary purpose of which is to spread terror among the civilian population are prohibited."*

[111] Article 4(2) of Additional Protocol II: "*2. Without prejudice to the generality of the foregoing, the following acts against the persons referred to in paragraph I are and shall remain prohibited at any time and in any place whatsoever: (a) Violence to the life, health and physical or mental well-being of persons, in particular murder as well as cruel treatment such as torture, mutilation or any form of corporal punishment; (b) Collective punishments; (c) Taking of hostages; (d) Acts of terrorism; (e) Outrages upon personal dignity, in particular humiliating and degrading treatment, rape, enforced prostitution and any form of indecent assault; (f) Slavery and the slave trade in all their forms; (g) Pillage; (h) Threats to commit any of the foregoing acts."*

[112] Article 13(2) of Additional Protocol II: "*2. The civilian population as such, as well as individual civilians, shall not be the object of attack. Acts or threats of violence the primary purpose of which is to spread terror among the civilian population are prohibited."*

Conventions just regulate the prohibition of certain terrorist acts, the Additional Protocols give some detail to these prohibitions by stating that "*The civilian population as such, as well as individual civilians, shall not be the object of attack. Acts or threats of violence the primary purpose of which is to spread terror among the civilian population are prohibited*."

The ICTY Trial Chamber, in the *Galić* case, confirmed the applicability of the prohibitions enshrined in Article 51(2) of the AP I and Article 13(2) of the AP II and held that "*the prohibition against terror is a specific prohibition within the general prohibition of attack on civilians. The general prohibition is a peremptory norm of customary international law.*"[113] In the judgment, it was further indicated that although this specific prohibition shares this peremptory feature since it preserves the same value, there is no need to decide on whether or not Article 51(2) of the AP I and Article 13(2) of the AP II are customary norms themselves.[114] On the other hand, the Appeal Chamber, by majority (Judge *Schomburg* dissenting) adjudicated that these articles are part of customary international law by referring to judicial precedents in international criminal law and domestic legal systems regulating the criminalization of terror against the civilian population and that violations of those articles lead to individual criminal responsibility under customary international law.[115] In his dissenting opinion, Judge *Schomburg* expressed that "*There is no basis to find that this prohibited conduct as such was penalized beyond any doubt under customary international criminal law at the time relevant to the Indictment*." and in his view, terror should have been evaluated "*as an aggravating factor in sentencing*".[116] Majority of scholars have also rejected the idea of customary war crime of terrorist acts. Moreover, it is argued that in its' approach the ICTY failed to provide the full scope and nature of the terrorist acts and excluded the ideological element, although this element is commonly used in many conceptualizations of terrorism, even in some domestic legal systems.[117] Hence, this contradicts with the customary characteristic of war crimes of terrorist acts as claimed.

---

[113] Prosecutor v Galić (2003) ICTY Trial Chamber I, par 98 <https://www.icty.org/x/cases/galic/tjug/en/gal-tj031205e.pdf> accessed 12 June 2020.

[114] Prosecutor v Galić (2003) ICTY Trial Chamber I, par 97.

[115] Prosecutor v Galić (2006) ICTY Appeals Chamber, par 86-98 <https://www.icty.org/x/cases/galic/acjug/en/gal-acjud061130.pdf> accessed 12 June 2020.

[116] Prosecutor v Galić (2006) ICTY Appeals Chamber 211.

[117] PROULX, 2020, p. 184.

Article 8 of the Rome Statute stipulates a non-exhaustive list of war crimes which are mainly drawn from the Geneva Conventions of 1949 and the Additional Protocols of 1977 but it neither refers to terrorist acts as a war crime nor includes the phrase of "*acts or threats of violence the primary purpose of which is to spread terror among the civilian population"*. Besides, in spite of the fact that the list is non-exhaustive, there is no concrete understanding on which rules of international humanitarian law are also criminalized under international criminal law. When it comes to the elements of a war crime, in order to qualify an act as a war crime, it should be foremost a grave or serious violation of IHL. *The Elements of Crimes* did not interpret this criterion. The ICTY Appeal Chamber, in the *Tadic* case, tackled with the requirements that the violations of norms of international humanitarian law must be considered as a war crime and when evaluating the seriousness of a violation, it expressed that "*the violation ... must constitute a breach of a rule protecting important values, and the breach must involve grave consequences for the victim. Thus, for instance, the fact of a combatant simply appropriating a loaf of bread in an occupied village would not amount to a "serious violation of international humanitarian law"...*"[118] In the *Galić* case, the Trial Chamber considered the large number of victims and the "*particular cruelty*" of the crimes committed.[119] As another case, in *Naletilić & Martinović*, the Trial Chamber used this criterion in order to distinguish a war crime from the other international humanitarian law violations: "*willfully causing great suffering or serious injury to body or health.*"[120] The Chamber further indicated that a serious damage does not have to be perpetual so that "*it must be harm that results in a grave and long-term disadvantage to a person's ability to lead a normal and constructive life*."[121] All of these approaches prove the difficulty of interpreting the criterion of seriousness and scholars suggest that the seriousness inquiry should be subject to a subjective applied analysis in the framework of the facts of relevant case.

---

[118] Tadić Interlocutory Appeals Decision (1995) ICTY Appeal Chamber, par 94 <https://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm> accessed 12 June 2020.

[119] Prosecutor v Galić (2003) ICTY Trial Chamber I, par 447.

[120] Prosecutor v Naletilić & Martinović (2003) ICTY Trial Chamber, paras 339-343 <https://www.icty.org/x/cases/naletilic_martinovic/tjug/en/nal-tj030331-e.pdf> accessed 12 June 2020.

[121] Prosecutor v Naletilić & Martinović (2003) ICTY Trial Chamber, par 342.

In contrast to crimes against humanity, war crimes need not to be committed as part of a widespread or systematic attack so a single, isolated act could amount to a war crime. Article 8 (1) of the Rome Statute also supports this: "*The Court shall have jurisdiction in respect of war crimes in particular when committed as part of a plan or policy or as part of a large-scale commission of such crimes.*" The phrase of "*in particular*" does not impose a threshold requirement or limitation on the war crimes prosecuted by the ICC, even though there is a minority opinion which argues the opposite.[122] At this point the Pre-Trial Chamber II notes that "*The term "in particular" makes it clear that the existence of a plan, policy or large-scale commission is not a prerequisite for the Court to exercise jurisdiction over war crimes but rather serves as a practical guideline for the Court."*[123] The ICC's preference is also consistent with the practice of previous international criminal tribunals and customary international law since war crimes never required such a contextual element, apart from the fact they should be committed during (and in the context of) an armed conflict. However, when a war crime is committed as part of a plan or policy or as part of large-scale commission, this can be an indicator for the fulfillment of the criterion of seriousness or gravity. In case of a single, isolated act, the criterion of seriousness should be evaluated as explained above; otherwise, the prosecutor may not initiate an investigation under Article 53 or the ICC may find the case inadmissible under Article 17 (1) (d).

In terms of the perpetrator's status, both combatants and civilians may commit war crimes under Article 8. However, crimes committed by a serviceman against its own military do not constitute a war crime. As stated before, there should be a nexus between the perpetrator's act and the armed conflict. An armed conflict occurs where there is a recourse to armed force.[124] Whilst an international armed conflict occurs with the participation of two or

---

[122] TSILONIS Victor, **The Jurisdiction of the International Criminal Court**, Springer, 2019, p. 139.

[123] SCHABAS William A., **The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute (Second Edition)**, OUP 2016, please see the relevant page: <https://books.google.com.tr/books?id=BOIoDQAAQBAJ&pg=PT457&lpg=PT457&dq=war+crimes+as+part+of+a+plan+or+policy+or+as+part+of+a+large-scale+commission&source=bl&ots=rqlKQmV-iL&sig=ACfU3U26jE2xG_726gp-Doz4K6AivYjbqQ&hl=en&sa=X&ved=2ahUKEwjY8YvDnOvpAhUNYsAKHcLsDGcQ6AEwCnoECAwQAQ#v=onepage&q&f=false> accessed 12 June 2020.

[124] HATHAWAY Oona A. / STRAUCH Paul K. / WALTON Beatrice A. / WEINBERG Zoe A. Y., "What is a War Crime?", **The Yale Journal of International Law** Vol. 44: 1, 2019, pp. 54-113, p. 109.

more states, a non-international armed conflict occurs between a state and a group or between two groups within a single state.[125] Article 8 (2) also differentiates war crimes according to whether they are committed during an international armed conflict or a non-international armed conflict. In respect of the time period for the commission of the war crimes, the ICTY Appeal Chamber, in *Tadic* case, explained that war crimes may be committed "*until a general conclusion of peace is reached or in the case of internal conflicts, a peaceful settlement is achieved*."[126] As regards to the geographical location, the Chamber specified that war crimes may be committed in "*the whole territory of the warring States or, in the case of internal conflicts, the whole territory under the control of a party, whether or not actual combat takes place there.*"[127] From those explanations, it can be deduced that war crimes do not need to be committed during an actual combat but there should be a functional relationship between the act and the armed conflict. As a matter of fact, the *Elements of Crimes* pointed out this by requiring that "*The conduct took place in the context of and was associated with an international armed conflict*." While the phrase of "*in the context of*" refers to the temporal and geographical scope of the application of international humanitarian law which means that war crimes may be committed temporarily and geographically away from the actual combat, the phrase of "*was associated with*" refers to the functional nexus between the act and the armed conflict in a way that the armed conflict plays a significant, facilitating role in the perpetrator's capacity to commit the crime.

As to the mental element, the perpetrator only has to be aware of the factual circumstances that establish the existence of an armed conflict. However, there is no requirement for legal evaluation or awareness by the perpetrator as to whether the factual circumstances establish an armed conflict or bear the characteristics of an international or non-international armed conflict.[128] Moreover, the perpetrator may commit the crime for personal reasons so the motive of the perpetrator is also irrelevant.[129]

---

[125] AUST, p. 237.

[126] Tadić Interlocutory Appeals Decision (1995) ICTY Appeal Chamber, par. 70.

[127] Tadić Interlocutory Appeals Decision (1995) ICTY Appeal Chamber, par. 70.

[128] Elements of Crimes 2011, International Criminal Court, p. 13<https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/336923D8-A6AD-40EC-AD7B-45BF9DE73D56/0/ElementsOfCrimesEng.pdf> accessed 11 June 2020.

[129] KOVAČ Matija, "International Criminalization of Terrorism", **Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu** Vol 14, 2007, pp. 267-290, p. 280.

In light of the elements of a war crime, when it comes back to whether terrorism may be prosecuted under war crimes, some scholars, based on a grammatical interpretation, argue that since Article 8 of the Rome Statute does not directly refer to terrorist acts as a war crime, they cannot be prosecuted under this article. On the other hand, there are scholars advocating that due to the fact that terrorist acts materially comprise the same unlawful conduct with war crimes, namely, "*intentionally directing attacks against the civilian population as such or against individual civilians not taking direct part in hostilities*", individuals involved in terrorist acts could be prosecuted under the ICC's jurisdiction.[130,131] However, this position is discussed with skepticism and some counter-arguments are also presented.

First is whether the acts of terrorism by itself may constitute an armed conflict. In order to qualify the acts of terrorism as an armed conflict, it should reach a certain level of intensity. The ICTY Trial Chamber, in *Boškoski* case, stated that "*terrorist acts may be constitutive of protracted violence... while isolated acts of terrorism may not reach the threshold of armed conflict, when there is protracted violence of this type, especially where they require the engagement of the armed forces in hostilities, such acts are relevant to assessing the level of intensity with regard to the existence of an armed conflict.*"[132] Likewise, Article 8 (2) (d) and (f) of the Rome Statute excluded internal disturbances and tensions such as isolated acts of violence that do not reach the level of armed conflict. Since the acts carried out by terrorist groups are mostly involved in non-international armed conflicts, the question of whether acts of terrorism remains at the level of internal disturbance or becomes an armed conflict gains importance. The ICC case-law brought some factors to determine this such as "*the seriousness of attacks and potential increase in armed clashes; their spread over territory and over a period of time; the increase in the number of government forces; the mobilization and distribution of weapons among both parties to the conflict; whether the conflict has attracted the attention of the UN Security Council; and, if so, whether any resolutions have been passed.*"[133]

---

130 WILT and BRABER, p. 5.

131 ARNOLD Roberta, "Terrorism, War Crimes, and the International Criminal Court" in SAUL Ben (ed.), **Research Handbook on International Law and Terrorism**, Edward Elgar Publishing, 2nd Edition, 2020, p. 283.

132 Prosecutor v Boškoski (2008) ICTY Trial Chamber, paras 187 and 190 <https://www.icty.org/x/cases/boskoski_tarculovski/tjug/en/080710.pdf> accessed 12 June 2020.

133 WERLE and JESSBERGER, mn. 1098, fn. 193.

Second is whether a terrorist group can be a party to an international or non-international armed conflict. From the point of international armed conflicts, only states can be a party to them and what is meant by the concept of state is answered by general public international law. According to the public international law, an entity that alleges to be a state ought to have the following requirements: "*a permanent population; a defined territory; government; and capacity to enter relations with other states*."[134] It is obvious that neither a terrorist group can have exactly those qualities of a state, nor can a state qualify as a terrorist group. However, some scholars argue that quasi-state entities or state-sponsored terrorist groups can be a party to an international armed conflict.[135] First, a terrorist group can constitute the armed forces of a state as Al Qaeda supports the Taliban regime which held power from 1996 to 2001 in Afghanistan, during the international armed conflict with the United States[136] or as Hezbollah represented in Lebanon government as well as being a terrorist organization.[137] The argument behind this is that such groups, especially in the form of *militia* or *voluntary corp* are part of the armed forces of the State and they are combating for and on behalf of the state regardless of whether the state accepts it.[138] Secondly, a group which is likely labelled by a state as terrorists, may combat against "*colonial domination and alien occupation and against racist régimes in the exercise of their right of self-determination*" and this kind of conflict can be rendered as international armed conflict. Article 1 (4) of the Additional Protocol I also ratified this.[139] Thirdly, a terrorist group involved in a non-international armed conflict can

---

[134] ÇALI, p. 194.

[135] BARTELS Rogier, "When do Terrorist Organisations do Qualify as "Parties to an Armed Conflict" under International Humanitarian Law?", **ACIL Research Paper** 2018-06, 2018, p. 10.

[136] BARTELS, pp. 10-11.

[137] BLOOM Catherine, "The Classification of Hezbollah in Both International and Non-International Armed Conflicts", **Annual Survey of International & Comparative Law**, 2008, pp. 61-97, pp. 64-68.

[138] DEL MAR Katherine, "The Requirement of 'Belonging' under International Humanitarian Law", **The European Journal of International Law**, 2010, pp. 105-124, pp. 111-112.

[139] Article 1 (4) of the Additional Protocol I: *"4. The situations referred to in the preceding paragraph include armed conflicts in which peoples are fighting against colonial domination and alien occupation and against racist régimes in the exercise of their right of self-determination, as enshrined in the Charter of the United Nations and the Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations."*

be a party to an international armed conflict when a state recognizes its belligerency,[140] although there are opposite views in the direction of that such recognition does not change the nature of the conflict.[141] Another situation is the internationalized non-international armed conflicts. For instance, in the case of a transnational terrorist group, a foreign state may enter into another state's territory in which the group resides without that state's consent and this may trigger an international armed conflict.[142] At this point, some scholars questions territorial application of the rules and argue that neither international humanitarian law rules nor Article 8 are suitable for transnational terrorism.[143]

As to the non-international armed conflicts, terrorist groups need to fulfill the criterion of being an organization. The ICTY, ICTR, and ICC case-law brought common indicative factors in order determine what the organization is: "*the existence of a command structure; the military and logistical capacity of the group such as the ability to use tactics and to carry out operations, the control of territory, and the access to weapons and other military equipment; the existence of internal hierarchy; the group's ability to speak with one voice*."[144] These factors are not decisive but relevant and many groups cannot be a party to a non-international armed conflict due to lack of such an organizational structure.

Nevertheless, it should be noted that discussions on whether acts of terrorism by itself can be qualified as an armed conflict or whether or to what extent a terrorist group can be a party to an international or a non-international armed conflict, arise where there is no existing armed conflict except for acts of terrorism and it can be deduced from the facts of the relevant case that these acts can be legally qualified as an armed conflict. Hence, in cases where there is an already existing armed conflict, the crimes under Article 8 can be additionally committed by the members of a terrorist

---

[140] AKANDE Dapo, "Classification of Armed Conflicts: Relevant Legal Concepts" in WILMSHURST Elizabeth (ed), **International Law and the Classification of Conflicts**, OUP, 2012, p. 50.

[141] DINSTEIN Yoram, **Non-International Armed Conflicts in International Law**, Cambridge University Press, 2014, pp. 108-110.

[142] BARTELS, p. 16.

[143] ICRC, The Applicability of IHL to Terrorism and Counter-Terrorism <https://www.icrc.org/en/document/applicability-ihl-terrorism-and-counterterrorism> accessed 12 June 2020.

[144] BARTELS, p. 19.

group within the armed conflict. Since the perpetrator may also be a civilian, such acts can thereby be qualified as war crimes as long as (i) the act is qualified as a grave violation of IHL, (ii) there is a nexus between the act and the armed conflict and (iii) the perpetrator is aware of the factual circumstances establishing the existence of an armed conflict.

From the practical and current examples, in addition to the arguments for the prosecution under the crimes against humanity, some suggest that 9/11 attacks could have also been prosecuted under the war crimes since they were sufficiently serious and grave to constitute an armed conflict and Al Qaeda fulfilled the organizational requirements.[145] Likewise, the combat between the PKK and governmental authorities in Turkey can qualify as a non-international armed conflict and the individuals can be prosecuted under the war crimes before the ICC, even if the Turkish Government insists that the conditions in Eastern Turkey did not constitute an armed conflict.[146]

CONCLUSION

Terrorism remains a complex and politically vague phenomenon. This complexity makes difficult to differentiate terrorism from the political actions such as resistance/revolution/uprising with respect to obtaining independence, autonomy or the recognition of minority or group rights. The question of whether terrorism is a political crime raises another question of whether the definition of terrorism should include an ideological element. Along with the fact that there is no universal definition of terrorism, some scholars are of the opinion that states should define the terrorism on their own.

The discussion on terrorism are not just theoretical; there are also practical implications, namely, the dilemma of state sovereignty and the current political context. States are reluctant to renounce their sovereignty on investigating and prosecuting the acts of terrorism to international institutions. Behind this reluctance lies the ICC's structural and procedural constraints, the fear of politicization of the ICC; the state-sponsored terrorism, and the political power of using terrorism as a repressing tool against the opposing segments of the society and as a bargaining chip.

---

[145] MARTINEZ, p. 43.

[146] BEN-NAFTALI Orna, **International Humanitarian Law and International Human Rights Law**, OUP, 2011, pp. 51-52.

By the impetus of state sovereignty and such political context, even though there was a resistance to include the crime of terrorism to the Rome Statute during the negotiations of the Draft Rome Statute and to amend the Statute afterwards, some political agents and scholars have sought some sort of normative foundations for terrorism underthe customary international law and the core crimes of the Statute.

From the point of customary international law, the STL Chamber's argument for the customary international crime of terrorism in time of peace and the ICTY Appeal Chamber's argument for the customary war crime of terrorist acts have been strongly criticized and have not been accepted by a majority of academic writings. Although the argumentations of the chambers are problematique, they have been useful in the theoretical sense.

As to the core crimes under the Rome Statute, the main focus in this study was on whether the acts of terrorism can be prosecuted under the crimes against humanity or the war crimes. As a matter of fact, it is difficult to determine which crime is theoretically more feasible to apply to terrorism and it is obvious that this can be determined by the factual circumstances of each case. Whilst war crimes require a nexus with an armed conflict and qualifications for the organizational structure of the groups in non-international armed conflicts, the crimes against humanity do not. On the other hand, while crimes against humanity requires the act to be committed as part of a widespread and systematic attack, the war crimes does not search for such a criterion since an isolated act can be sufficient on the condition that it is serious enough and has a functional relationship with an armed conflict. In addition, the victim status of the war crimes is much broader than the crimes against humanity. Besides these comparisons, it should be noted that in some elements of these core crimes, there are disagreements in academic literature, which lead not to prosecute the terrorism under such crimes.

Another point to be emphasized is that terrorism by its nature and content corresponds to a different criminal phenomenology[147] which is not comparable with crimes against humanity or war crimes or any other core crime.

---

[147] CARO CORIA Dino Carlos, "La relación entre terrorismo, crímenes contra la humanidad y violaciones al derecho internacional humanitario" in AMBOS Kai / MALARINO Ezequiel / STEINER Christian (eds), **Terrorismo yDerecho Penal**, Berlin: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2015, p. 147, as cited in ÖNOK, p. 691, fn 180.

Despite the foregoing barriers, a room for prosecuting terrorism under the Rome Statute may be found so that the ICC may have a potential role for terrorism, even if this potentiality is called by some as "marginal".[148] It is clear that the first responsibility for investigating and prosecuting perpetrators of the crimes under the ICC's jurisdiction belongs to the domestic courts due to the principle of the complementarity. However, when a state is unwilling or unable to investigate or prosecute terrorism, the role that the ICC will play gains importance. When the UN SC's expansive role after 9/11 attacks with its resolutions requiring states to criminalize terrorism within their domestic legal systems and imposing strict reporting requirements on states is taken into consideration, a referral that the UN SC will make to the ICC prosecutor may have a triggering effect, for example in case where ISIS attacks have been found by the UN SC to constitute a threat to international peace and security. Besides, the Report of the Genocide Network, titled as *Cumulative Prosecution of Foreign Terrorist Fighters for Core International Crimes and Terrorism-Related Offences*, accepted that ISIS has fulfilled the criteria in order to be qualified as a party to a non-international armed conflict in Iraq and Syria. The Reports of the Independent International Commission of Inquiry on the Syrian Arab Republic (UN CoI Syria) also advocated that ISIS committed war crimes,[149] crimes against humanity, and the crime of genocide.[150] Accordingly, the referral that the UN SC will make to the ICC prosecutor for ISIS attacks may break the long-held cycle of the domestic law references made for terrorism and may increase the legitimate visibility of the ICC in the political context. However, the content and argumentation of the referral should carefully consider theoretical discussions on prosecuting the crime of terrorism under the core crimes of the Rome Statute. Otherwise, this may lead to unduly expand the ICC's jurisdiction and pose a threat to the state sovereignty at the core of the international system.[151]

---

148 PROULX, 2020, p. 191.

149 Genocide Network, Cumulative Prosecution of Foreign Terrorist Fighters for Core International Crimes and Terrorism-Related Offences, 2020, pp. 8-13 <http://www.eurojust.europa.eu/doclibrary/genocide-network/KnowledgeSharing/Cumulative%20prosecution%20of%20foreign%20terrorist%20fighters%20%28May%202020%29/2020-05_Report-on-cumulative-prosecution-of-FTFs_EN.pdf> accessed 12 June 2020.

150 Genocide Network, pp. 13-15.

151 PROULX, 2020, p. 189.

REFERENCES

AKANDE Dapo, "Classification of Armed Conflicts: Relevant Legal Concepts" in WILMSHURST Elizabeth (ed), **International Law and the Classification of Conflicts**, OUP, 2012.

ALLAN Richard, "Terrorism, extradition and international sanctions", 3 **Alb. L.J. Sci. & Tech**., 1993, pp.327-ff.

AMBOS Kai, "Judicial Creativity at the Special Tribunal for Lebanon: Is There a Crime of Terrorism under International Law?", **Leiden Journal of International Law**, 2011, pp. 655-675.

AMBOS Kai / TIMMERMANN Anina, "Terrorism and Customary International Law" in SAUL Ben (ed), **Research Handbook on International Law and Terrorism**, Edward Elgar Publishing, 2014.

ARNOLD Roberta, "Terrorism, War Crimes, and the International Criminal Court' in SAUL Ben (ed.), **Research Handbook on International Law and Terrorism**, Edward Elgar Publishing, 2nd Edition, 2020.

AUST Anthony**, Handbook of International Law**, Second Edition, Cambridge University Press, 2010.

BARTELS Rogier, "When do Terrorist Organisations do Qualify as "Parties to an Armed Conflict" under International Humanitarian Law?", **ACIL Research Paper** 2018-06, 2018.

BASSIOUNI M. Cherif, **International Terrorism: Multilateral Conventions (1937-2001)**, Transnational Publishers, Ardsley, 2001.

---- **The Legislative History of the International Criminal Court: Introduction, Analysis and Integrated Text**, Transnational Publishers, Vol I, 2005.

BEN-NAFTALI Orna, **International Humanitarian Law and International Human Rights Law**, OUP, 2011.

BLOOM Catherine, "The Classification of Hezbollah in Both International and Non-International Armed Conflicts", **Annual Survey of International & Comparative Law**, 2008, pp. 61-97.

BOISTER Neil, "The Exclusion of Treaty Crimes from the Jurisdiction of the Proposed International Criminal Court: Law, Pragmatism, Politics", **Journal of Conflict and Security Law**, Vol 3, Issue 1, 1998, pp. 27-43.

BROOMHALL Bruce, "State Actors in an International Definition of Terrorism from a Human Rights Perspective", **Case Western Reserve Journal of International Law**, Vol 36, Issue 2, 2004, pp. 421-441.

CARO CORIA Dino Carlos, "La relación entre terrorismo, crímenes contra la humanidad y violaciones al derecho internacional humanitario" in AMBOS Kai / MALARINO Ezequiel / STEINER Christian (eds), **Terrorismo yDerecho Penal**, Berlin: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2015.

CASSESE Antonio, "Terrorism as an International Crime" in BIANCHI Andrea (ed), **Enforcing International Law Norms against Terrorism**, Hart Publishing, 2004.

---- "The Multifaceted Criminal Notion of Terrorism in International Law", **Journal of International Criminal Justice**, Vol 4, Issue 5, 2006, pp. 933-958.

CLARK Roger S., "The Mental Element in International Criminal Law: The Rome Statute of the International Criminal Court and the Elements of Offences", **Criminal Law Forum** 12, 2001, pp. 291-334.

COADY C. A. J., **Morality and Political Violence**, Cambridge University Press, 2008.

COHEN Aviv, "Prosecuting Terrorists at the International Criminal Court: Re-Evaluating an Unused Legal Tool to Combat Terrorism", **Michigan State International Law Review**, Vol 20: 2, 2012, pp. 219-257.

CONTE Alex / GANOR Boaz, "ICT Paper Legal and Policy Issues in Establishing an International Framework for Human Rights Compliance When Countering Terrorism", **ICT**, 2005.

Council Framework Decision of 13 June 2002 on Combating Terrorism (2002/475/JHA), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32002F0475&from=en> accessed 11 June 2020.

ÇALI Başak, **International Law for International Relations**, OUP, 2010.

DEL MAR Katherine, "The Requirement of 'Belonging' under International Humanitarian Law", **The European Journal of International Law**, 2010, pp. 105-124.

DI FILIPPO Marcello, "Terrorist Crimes and International Co-operation: Critical Remarks on the Definition and Inclusion of Terrorism in the Category of International Crimes", **EJIL**, Vol 19, Issue 3, 2008, pp. 533-570.

DINSTEIN Yoram, **Non-International Armed Conflicts in International Law**, Cambridge University Press, 2014.

Draft Comprehensive Convention on International Terrorism, <https://digitallibrary.un.org/record/450749?ln=en> accessed 10 June 2020.

Elements of Crimes 2011, International Criminal Court <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/336923D8-A6AD-40EC-AD7B-45BF9DE73D56/0/ElementsOfCrimesEng.pdf> accessed 11 June 2020.

FRIEDRICHS Jörg, "Defining the International Public Enemy: The Political Struggle behind the Legal Debate on International Terrorism", **Leiden Journal of International Law**, Vol 19, Issue 1, 2006, pp. 69-91.

GALINGGING Ridarson, "Prosecuting Acts of Terrorism as Crimes against Humanity under the ICC Treaty", **Jurnal Hukum Internasional**, Vol 7, No 4, 2010, pp. 746-774.

Genocide Network, Cumulative Prosecution of Foreign Terrorist Fighters for Core International Crimes and Terrorism-Related Offences, 2020 <http://www.eurojust.europa.eu/doclibrary/genocide-network/KnowledgeSharing/Cumulative%20prosecution%20of%20foreign%20terrorist%20fighters%20%28May%202020%29/2020-05_Report-on-cumulative-prosecution-of-FTFs_EN.pdf> accessed 12 June 2020.

Global Terrorism Database <https://www.start.umd.edu/research-projects/global-terrorism-database-gtd> accessed 10 June 2020.

GROSS Emanuel, "Human Rights, Terrorism and the Problem of Administrative Detention in Israel: Does a Democracy Have the Right to Hold Terrorists as Bargaining Chips?", **Arizona Journal of International and Comparative Law**, Vol 18, No 3, 2001, pp. 721-791.

HATHAWAY Oona A. / STRAUCH Paul K. / WALTON Beatrice A. / WEINBERG Zoe A. Y., 'What is a War Crime?', **The Yale Journal of International Law** Vol. 44, 2019, pp. 54-113.

HIGGINS Rosalyn / FLORY Maurice, **Terrorism and International Law**, Routledge, 1997.

HOFFMAN Bruce, **Inside Terrorism**, New York: Columbia University Press, 1998.

HUDSON Rex A., **The Sociology and Psychology of Terrorism: Who Becomes a Terrorist and Why?: a Report**, the Library of Congress, 1999.

ICJ, East Timor (Portugal v. Australia), 1995.

ICJ, Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276, Advisory Opinion, **ICJ Reports** (1971), 49 ILR 2.

ICJ, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion (UN), **ICJ Reports** (1996), 110 ILR 163.

ICRC, The Applicability of IHL to Terrorism and Counter-Terrorism <https://www.icrc.org/en/document/applicability-ihl-terrorism-and-counterterrorism> accessed 12 June 2020.

International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism, 1999 <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=XVIII-11&chapter=18> accessed 10 June 2020.

International Convention for the Suppression of Terrorist Bombings, 1997 <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-9&chapter=18&clang=_en> accessed 10 June 2020.

JANSSON Julia, **Terrorism, Criminal Law, and Politics: the Decline of the Political Offence Exception to Extradition**, Routledge, 2020.

JENKINS Philip / BRUCKBERGER R L, **Images of Terror: What We Can and Can't Know about Terrorism**, Routledge 2003.

KENNY Cóman, "Prosecuting Crimes of International Concern: Islamic State at the ICC?", **Utrecht Journal of International and European Law** 33 (84), 2017, pp. 120-145.

KIRCHHEIMER Otto, **Political Justice. The Use of Legal Procedure, for Political Ends**, Princeton University Press, 1961.

KOVAČ Matija, "International Criminalization of Terrorism", **Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu**, Vol 14, 2007, pp. 267-290.

MARTINEZ Lucy, "Prosecuting Terrorists at the International Criminal Court: Possibilities and Problems", **Rutgers Law Journal**, Vol 34, 2002, pp. 1-62.

MELIÁ Manuel Cancio, "Terrorism and Criminal Law: The Dream of Prevention, the Nightmare of the Rule of Law", **New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal**, Vol 14, No 1, University of California Press, 2011, pp. 108-122.

MOECKLI Daniel, "The Emergence of Terrorism as a Distinct Category of International Law" **Texas International Law Journal**, Vol 44, 2009, pp. 157-183.

MUHAMMADIN Fajri Matahai, "Terrorism and the Crime of Aggression under the Rome Statute", **Jurnal Mimbar Hukum**, Vol 27: 1, 2015, pp. 128-144.

Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Human Rights, Terrorism and Counter-Terrorism, Fact Sheet No. 32, 2008 <https://www.ohchr.org/documents/publications/factsheet32En.pdf> accessed 12 June 2020.

ÖNOK R. Murat, "Can Terrorist Acts be Prosecuted as a Crimes against Humanity? An Analysis under International and Turkish Law", **DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof Dr Durmuş TEZCAN'a Armağan, C 21, Özel S., 2019, pp. 655-700.

Prosecutor v Boškoski (2008) ICTY Trial Chamber <https://www.icty.org/x/cases/boskoski_tarculovski/tjug/en/080710.pdf> accessed 12 June 2020.

Prosecutor v Galić (2003) ICTY Trial Chamber I <https://www.icty.org/x/cases/galic/tjug/en/gal-tj031205e.pdf> accessed 12 June 2020.

Prosecutor v Galić (2006) ICTY Appeals Chamber <https://www.icty.org/x/cases/galic/acjug/en/gal-acjud061130.pdf> accessed 12 June 2020.

Prosecutor v Katanga (2008) ICC Pre-Trial Chamber I, Case No. ICC-01/04-01/07-717, Decision on Confirmation of Charges <https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2008_05172.PDF> accessed 11 June 2020.

Prosecutor v Kordić & Čerkez (IT-95-14/2) (2001) ICTY Trial Chamber, <https://www.icty.org/x/cases/kordic_cerkez/tjug/en/kor-tj010226e.pdf> accessed 21 March 2021.

Prosecutor v Muthaura (2012) ICC Pre-Trial Chamber II, Case No. ICC-01/09-02/11-382-Red, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7) (a) and (b) of the Rome Statute <https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2012_01006.PDF> accessed 11 June 2020.

Prosecutor v Naletilić & Martinović (2003) ICTY Trial Chamber <https://www.icty.org/x/cases/naletilic_martinovic/tjug/en/nal-tj030331-e.pdf> accessed 12 June 2020.

PROULX Vincent-Joël, "Rethinking the Jurisdiction of the International Criminal Court in the Post-September 11th Area: Should acts of terrorism qualify as crimes against humanity?", **American University International Law Review**, Vol 19, Issue 5, 2004, pp. 1009-1089.

---- "A Post-mortem for International Criminal Law? Terrorism, Law and Politics, and the Reaffirmation of State Sovereignty", **Harvard National Security Journal**, Vol 11, 2020, pp. 151-213.

Review Conference of the Rome Statute of the International Criminal Court, Kampala, Uganda, May 31-June 11, 2010, Official Records, Doc. RC/11 <https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP9/OR/RC-11-Part.I-ENG.pdf> accessed 21 March 2021.

ROBINSON Darryl, "The Draft Convention on Crimes against Humanity: What to do with the Definition?" in BERGSMO Morten / TIANYING Song (eds), **On the Proposed Crimes against Humanity Convention**, Torkel Opsahl Academic E Publisher Brussels, 2014.

---- "Crimes against Humanity: A Better Policy on 'Policy'" in STAHN Carsten (ed), **The Law and Practice of the International Criminal Court**, Oxford University Press, 2015.

ROBINSON Patrick, "The Missing Crimes" in CASSESE Antonia / GAETA Paola / JONES John R W D (eds) **The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary**, Oxford Press, 2002.

SAUL Ben, **Defining Terrorism in International Law**, OUP, 2008.

---- "Legislating from a Radical Hague: The United Nations Special Tribunal for Lebanon Invents an International Crime of Transnational Terrorism", S**ydney Law School, Legal Studies Research Paper** No 11/35, 2011.

---- "The Legal Relationship between Terrorism and Transnational Crime", **International Criminal Law Review**, Vol. 17, No. 3, 2017, pp. 417-452.

SCHABAS William A., **The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute (Second Edition)**, OUP, 2016.

SCHMID Alex P / JONGMAN Albert J, **Political Terrorism: A Research Guide to Concepts, Theories, Databases, and Literature**, Amsterdam: North Holland, 1984.

---- "Revisiting the Relationship between International Terrorism and Transnational Organised Crime 22 Years Later", **ICCT**, 2018, pp. 1-40.

SCHMITT Carl, **The Concept of the Political: Expanded Edition,** University of Chicago Press, 2008.

SOREL Jean-Morc, "Some Questions about the Definition of Terrorism and the Fight against its Financing", **EJIL**, 2003, pp. 365-378.

Statute of the International Court of Justice, <https://www.icj-cij.org/en/statute> accessed 11 June 2020.

STIER Erik, "The Expense of Expansion: Judicial Innovation at the Special Tribunal for Lebanon", **Boston College International and Comparative Review**, Vol 36, Issue 3, 2014, pp. 115-129.

STL's Appeals Chamber Decision (2011), Case No: STL - 11-01/1 <https://www.legal-tools.org/doc/ceebc3/pdf/> accessed 11 June 2020.

STOHL Michael, "Demystifying terrorism: The myths and realities of contemporary political terrorism" in STOHL Michael (ed), **The Politics of Terrorism**, first published 1988, CRC Press, 3rd Edition 2020.

Tadić Interlocutory Appeals Decision (1995) ICTY Appeal Chamber <https://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm> accessed 12 June 2020.

TONDINI Matteo, "Beyond the Law of the Enemy: Recovering from the Failures of the Global War on Terrorism through (Criminal Law)", **Historical Processes and Peace Politics** No 5, 2008, pp. 59-81.

TSILONIS Victor, **The Jurisdiction of the International Criminal Court**, Springer, 2019.

United Nations, Report of the International Law Commission, Seventy-first session (29 April-7 June and 8 July-9 August 2019), 2019 <https://legal.un.org/ilc/reports/2019/english/a_74_10_advance.pdf> accessed 12 June 2020.

United Nations Security Council, Resolution 1368 adopted at its 4370th meeting, 12 September 2001 <https://digitallibrary.un.org/record/448051?ln=en> accessed 10 June 2020.

United Nations Security Council, Resolution 1373 adopted at its 4385th meeting, 28 September 2001 <https://digitallibrary.un.org/record/449020?ln=en> accessed 10 June 2020.

United Nations Security Council, Resolution 1566 adopted at its 5053rd meeting, 8 October 2004 <https://digitallibrary.un.org/record/532676?ln=en> accessed 10 June 2020.

United Nations Security Council, Resolution 1624 adopted at its 5261st meeting, 14 September 2005 <https://digitallibrary.un.org/record/556538?ln=en> accessed 10 June 2020.

WERKMEISTER Andreas, "International Criminal Law as a Means to Fight the "Hostes Humani Generis"? - On the Dangers of the Concept of Enemy Criminal Law" in FENWICK Mark / WRBKA Stefan (eds), **Legal Certainty in a Contemporary Context Private and Criminal Law Perspectives**, Springer, 2016.

WERLE Gerhard / JESSBERGER Florian, **Principles of International Criminal Law (Third Edition)**, OUP, 2014.

WIGHT Colin, **Rethinking Terrorism: Terrorism, Violence, and the State**, Palgrave McMillan, London, 2015.

WILT Harmen van der / BRABER Inez, "The Case for Inclusion of Terrorism in the Jurisdiction of the International Criminal Court", **ACIL Research Paper** 2014-13, 2014.

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2021; 1: 691-710

HAVING A DIGNIFIED CONFLICT UNDER DRONE WARFARE, WHAT TO DO?(*)

A. Yasin UYSAL(**)

Abstract: The development of automated and autonomous weapons is one of the main subject-matters in the agenda of the future of conflict law as well as technology. Human Rights Watch suggests that the use of autonomous systems without human control will infringe human dignity; therefore, they should be banned. In contrast, the need for a degree of autonomy on the battlefield is justified by various practical and moral reasons. This paper argues that in order to assess their legal and ethical values, we should first distinguish the essentials of drones, automated and autonomous weapon systems and their respective problematic features. To avoid the moral ambiguity in this context, it deals with the justification of self-defense in the Kantian ethics along with human dignity.

Keywords: Autonomous Weapons, Human Dignity, Drone Warfare, Automated Weapons, Preemptive Ban on Robots.

DRONE SAVAŞLARI DÖNEMİNDE ONURLU BİR ÇATIŞMA YÜRÜTMEK, NE YAPILMALI?

Öz: Otomatik ve otonom silahların geliştirilmesi, teknolojinin olduğu kadar çatışmalar hukukunun geleceğini oluşturan gündemde en önemli konulardan birisidir. Human Rights Watch insan kontrolü olmadan otonom sistemlerin kullanılmasının insan onuruna aykırı olacağını, dolayısıyla yasaklanmaları gerektiğini ileri sürmektedir. Buna karşın, savaş alanında belli bir dereceye kadar otonomi gereksinimi çeşitli pratik ve ahlaki sebeplerle gerekçelendirilmektedir. Bu makale, haklarında hukuki ve etik

(*) Makale Gönderim Tarihi: 30.09.2020. Makale Kabul Tarihi: 11.03.2021.

(**) Galatasaray Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi (ORCID no: 0000-0002-2470-0242; *ayasinuysal@gmail.com*).

değerlendirme yapabilmemiz için önce dronelar, otomatik ve otonom silah sistemlerinin taşıdıkları özellikler arasında ayrım yapmamız ve buna göre oluşacak ilgili sorunları ayrıştırmamız gerektiğini ileri sürmektedir. Bu bağlamda oluşacak ahlaki belirsizliği aşabilmek için de Kant etiği çerçevesinde insan onuru kavramı yanında meşru savunmanın gerekçelendirilmesini incelemektedir.

Anahtar Kelimeler: Otonom Silahlar, İnsan Onuru, Drone Savaşları, Otomatik Silahlar, Robotların Önden Yasaklanması.

I. INTRODUCTION

'What to do?' is the basic question concerning our ethical judgments. It implies that we are now facing a new situation and an acute moral deliberation is needed. In this case, we are no longer in a position to automatically respond to an everyday object, rather we need to give a judgment in a controlled deliberative process.[1] The debate concerning autonomous weapons and the challenges they bring on is not different because the development of automated and autonomous weapons is one of the main subject-matters in the agenda of the future of conflict law as well as the technology.[2] The term of 'autonomous weapon' indicates such systems that are "able to take appropriate action to bring about a desired state" by deciding a course of action without human supervision and control.[3] Eliminating human control over weapons seems, *prima facie,* problematic in many aspects.

In order to encounter the uneasiness against this concept, we must first understand the proponents of autonomous weapons and the underlying reasons which give rise to developing such autonomous systems. These reasons may be[4]: (1) autonomous weapons save the lives of soldiers; therefore, we can even conclude that we have a duty to use unmanned systems due to the principle of unnecessary risk[5], (2) regarding the principles

---

1 SHARKEY Noel, "Staying in the loop: human supervisory control of weapons", **Autonomous Weapon System: Law, Ehics, Policy**, ed. BHUTA Nehal C. et al., Cambridge University Press, 2016, pp. 23-38, p. 30.

2 KANELLAKIS Christoforos / NIKOLAKOPOULOS George, **Survey on Computer Vision for UAVs: Current Developments and Trends**, Springer, 2017, p. 1.

3 BOOTHBY William H., **Conflict Law: The Influence of New Weapons Technology, Human Rights and Emerging Actors**, Asser Press, 2014, p. 105.

4 Human Rights Watch, **Heed the Call: Moral and Legal Imperative to Ban Killer Robots**, 2018, p. 6.

5 STRAWSER Bradley Jay, "Introduction: The moral Landscape of Unmanned Weapons", **Killing by remote control: The Ethics of an Unmanned Military**, ed. Bradley Jay Strawser, Oxford University Press, 2013, pp. 3-24., p. 18.

of conflict law such as proportionality, discrimination and distinction, these systems operate in greater accuracy and are immune to fear and anger which can lead to civilian casualties.

Contrary to these reasonings, opponents of development and use of autonomous systems claim that - beside practical considerations - these systems are intrinsically wrong for various reasons[6]: (1) they delegate life-and-death decisions which is a moral red line because there must be a potentially deliberative process involving human decision making, (2) they would create an accountability gap, and it has been suggested that a lack of accountability is in itself a violation of a right, (3) abdicating the moral responsibility concerning a life-and-situation to bloodless entities is itself against the human dignity[7].

This article aims to present differing views on autonomous weapons (AWS) arising out of ethical, legal, and practical reasons. After that, the scope of the concept of human dignity will be examined regarding the problematic laid-out here. In my view, to address several problems embedded in this debate, we should reconsider the structure of Kantian ethics and his conception of human dignity. I believe an evaluative and reflexive approach will help to assure "the right balance between the best of human abilities and the best of computer functionality having a significantly greater humanitarian impact".[8]

II. AUTONOMOUS WEAPONS, NEED FOR AN EVALUATIVE APPROACH

1. Justification of the Killing by Robots

In order to prevent ambiguity about autonomous systems, we should first distinguish automation from autonomy. Boothby suggests that "an automated system is one which, in response to inputs from one or more sensors, is programmed logically to follow a pre-defined set of rules to provide an outcome."[9] In this sense, outcomes become rather predictable. Automation refers to a system that is not remotely controlled but function in

---

6 Human Rights Watch, loc. cit.

7 HEYNS Christof, "Autonomous weapons systems: living a dignified life and dying a dignified death", **Autonomous Weapon System: Law, Ehics, Policy**, ed. BHUTA Nehal C. et al., Cambridge University Press, 2016, pp. 3-19., p. 12-13.

8 SHARKEY, 2016, p. 23.

9 BOOTHBY, 2014, p. 104.

an independent manner once deployed. A careful reader will notice that this concept is nothing new due to its similarities with already existing land-mines and booby-traps.

Autonomy, on the other hand, refers to a system "which from an understanding of higher-level intent and direction and with an awareness of its environment, is able to take appropriate action to bring about a desired state."[10] The crucial element here "is the ability to independently operate, identify and engage targets without being programmed to target a specific object".[11] So, the idea here indicates a higher understanding of its surroundings and adaptation to a dynamic state of affairs. Consequently, we have three categories: remote-controlled weapons, automated weapons, and autonomous weapons.

Autonomy in this sense is needed because of several reasons. *First*, they will save the lives of soldiers. *Second*, in the fog of war, there might be jamming and spoofing, and ordinary communication systems might not be accessible. For the mission to be carried out, a degree of autonomy is needed without human control. Even such circumstances do not seem to be present, there might be technical challenges regarding the access to available satellites at the moment of the operation.

With regards to the moral and legal issues, autonomous systems have to deal with the problems of detecting and tracking targets. In order to develop their collaborative sensors, visual sensing techniques have been integrated to enhance their navigation and guidance skills. For instance, regarding the unmanned aerial vehicles "vision based position-attitude control, pose estimation and mapping, obstacle detection as well as target tracking are the identified components towards autonomous agents."[12] Algorithms which have been developed for this purpose, can process 2D images and provide 3D information and make unmanned aircrafts able to recognize and track objects.[13] For example, to deal with the abovementioned fog of war, an emergency Inertial-Vision navigation system dealing with GPS-denied environments has been proposed. "Whenever a UAV was losing its GPS signal during the flight the designed navigation system performed real-time

---

10 Ibid, p. 105.

11 loc. cit.

12 KANELLAKIS / NIKOLAKOPOULOS, 2017, p. 1.

13 Ibid, p.5.

visual target tracking and relative navigation."[14] In general, it can be said that the majority of developments in this technology is to enhance the navigation and detecting obstacles and surroundings. Despite there are great developments regarding detecting and tracking a target in a changing environment with many challenges, there is no autonomy that can apply principles of discrimination, distinction, and proportionality as required by the international law.

However, in order to elaborate a more sophisticated thinking, we may follow Strawser's suggestion[15] arguing that we should first determine whether there is something inherently wrong in drone warfare, *in principle*, before we move on to discuss some issues which have merely a contingent and accidental feature, *in practice*. For the author, although there exist some issues posing moral challenges, we cannot morally condemn autonomous weapons in principle. On the contrary, he argues, we have a duty to use such weapon systems instead of real persons in the battlefield. Accordingly, we are morally required to use remote-controlled weapons (we can include autonomous systems here following the purpose of the argument) over the manned aircraft in order to prevent pilots exposing unnecessary risk (provided that all requirements for the use of force are satisfied).[16] It is the *principle of unnecessary risk* (PUR): If the risk to expose some real person to danger is not justified by a strong countervailing reason, we cannot order someone to take an unnecessary risk. In our case, that would be the preference of remote-controlled aircraft (which may have some degree of automation[17]) over piloted aircraft.[18] The distinction between unmanned aerial vehicles (UAV) and unmanned combat aerial vehicles (UCAV) is rather irrelevant at this point.

The issues surrounding the moral value of the use of autonomous systems are closely connected to the accountability gap. The accountability is premised on control. Those who have been opposed AWS laid stress on this point and suggested that the requirement of 'meaningful human control' in development as well as in the use of such systems should be a proper

---

14 Ibid, p. 17.

15 STRAWSER, 2013, p. 7.

16 Ibid, pp. 17-20.

17 For the differance between automation and autonomy *supra*.

18 STRAWSER, 2013, loc.cit.

starting point in this regard.[19] This claim signifies having a human moral agent in the loop i.e., having control.

The concept of control in our case has not any defined or precise definition. We can examine 'control' gradually and in an evaluative manner. There are different classifications on this matter. For example, US DoD Unmanned Aircraft Systems Roadmap 2005-2030, provides 10 levels of control.[20] But in our case, in my view, we should consider Sharkey's classification, it must be noted, where different levels of control are not absolute and final. (1) Human engages with and selects target and initiates any attack; (2) Program suggests alternative targets and human chooses which to attack; (3) Program selects target and human must approve before the attack; (4) Program selects target and human has restricted time to veto, and (5) Program selects target and initiates attack without human involvement.[21]

Why we do not let machines render some judgments when we can predict the outcomes of, let us say, an automated system? Sharkey uses a distinction made between automatic and controlled deliberative processes. Despite its countless advantages such as our basic capacities to ride a bike or play tennis, the automatic reasoning have has few disadvantages: (1) It neglects ambiguity and suppresses doubt, (2) infers and invents causes and intentions (automatic reasoning is adept at finding a coherent causal story to link together fragments of available information.), (3) is biased to believe and confirm, and (4) focuses on existing evidence and ignores absent evidence.[22]

As a result, there should be a controlled deliberation in order to have an accurate judgment on questions of life-and-death. On the contrary, the use and development of depersonalized warfare systems may be defended on this ground which requires that we keep a human in loop, making a meaningful control possible. Therefore, there would be no moral ambiguity.

---

19 HEYNS, 2016, p. 13-15.

20 FRANKLIN Michael, **Unmanned Combat Air Vehicles: Opportunities for the Guided Weapons Industry?**, Military Sciences Department Royal United Services Institute for Defence and Security Studies, 2008, p. 25.

21 SHARKEY, 2016, p. 25.

22 SHARKEY, 2016, p. 32-34.

2. Overview of the Claims made by Proponents of a Preemptive Ban

Human Rights Watch suggests there is a great consensus on the preemptive ban of autonomous weapons. The opinion of the general public, international community, governments, industry, peace and faith leaders, science and technology experts, Nongovernmental and International Organizations seems to be opposing against these systems.[23] According to this approach, even if we accept that there has been already evolutive progress towards to the depersonalization of the use of force (projectile weapons, landmines, rocket and missile systems with guidance), nevertheless, the very concept of delegating life-and-death decision to non-human entities is inherently wrong.

As a concept, the autonomous weapons have been developed under the research for unmanned aircrafts and underwater vehicles, remote-controlled platforms. Thus, some challenges posed before autonomous systems have also been against remote-controlled weapons. Human Rights Watch claims that our capacity of compassion as human species will result normally in minimizing harm to fellow humans, but not being physically on the battlefield will keep us from feeling empathy.[24] Creating such a feeling in an artificial environment will be difficult. "Most humans possess an innate resistance to kill because an individual human understands the impact of loss of life, contrast, fully autonomous weapons could not possess such a capability."[25] Consequently, it is often argued that the use of remote-controlled weapons turned the killing into a videogame.

However, killing by remote control does not necessarily eliminate the burden of taking-life. Rather, "the drone's "eye in the sky" shows the pilot the reality of his victims "in sensational and excruciating detail in the faraway theater of operations" more than conventional weapons. Psychologically, in this case, the physical distance does not yield abstract and impersonal violence but a more visualized and personal one.[26] As a drone pilot observed, "you

---

23 Human Rights Watch, 2018, p. 30-43.

24 Ibid.

25 Human Rights Watch, 2018, p. 6.

26 ZULAIKA, Joseba, "Trauma: THE KILLER AS VOYEUR." In **Hellfire from Paradise Ranch: On the Front Lines of Drone Warfare**, Oakland, California: University of California Press, 2020, pp. 111-150., doi: 10.2307/j.ctvw1d607.7. (Accessed June 18, 2020), p. 115.

cannot get closer to war than this".[27] Drone operators also experience that "killing comes with a price", and haunted by their deeds, they will eventually be diagnosed with PTSD after being tormented between their duties for their countries and their own consciousness.[28] As a result, we can say that they do look into the eyes of their victims and get familiar with the Enemies more than any combatant on the battlefield after having watched their daily lives for a long time. Hence, the reluctance to kill a fellow human does not altogether disappears in case of remote warfare.

Giving the authority to machines on the deliberative process concerning detecting the target, initiating an attack without any human supervision which will result in the killing of a human being, implies an accountability gap. Who will be responsible for an action performed by an autonomous system? Rights cannot be protected as they are unless there is a procedure of accountability. If we consider accountability regarding the violation of a right, included in the right itself, then it is possible to infer that the depersonalized use of force will result in depersonalized forms of responsibility.

Accountability, as understood in general, is related to a sense of control over what has been done. You cannot be responsible for something which is outside your control.[29] If you don't have control, then we should be able to find a causal link to impute the consequences of the action. In the case of autonomous weapons systems (AWS), there is an ambiguity on this matter even there is human control. If we hold military commanders, pilots, technical experts, and those who developed AWS liable, extending the responsibility, then, in fact, there is no accountability. Inflationary use of responsibility will lead us to an accountability vacuum.

In parallel, the human dignity based on autonomy will be harmed if AWS have the deliberative capacity to target and attack human beings without human intervention. *First*, the attackers' autonomy and dignity will be alienated. *Second*, taking a decision on life-and-death is the ultimate dignity; therefore, delegating such authority to AWS is against human dignity.[30] Autonomy in this sense indicates the common conception of our

---

27 ZULAIKA, 2020, p. 116.

28 ZULAIKA, 2020, p. 118.

29 HEYNS, loc.cit.

30 Ibid.

capacity of free will and act[31]. Therefore, leaving the decision to kill to the machines will cause this autonomy to disappear. On the other hand, being killed by machines will be dehumanizing on the victims also. There is no way to understand the way a machine thinks and predict its actions. This terror and ambiguity concerning autonomous systems likely to cause human dignity to be lost.

These are some issues regarding the theoretical and practical implications of using automated and autonomous systems in conflicts. I do not think they are unworthy when we discuss the inherent moral value of such systems in principle. Because an idealized concept may be best understood with respect to the practice. I illustrated above, there are various technological developments in this field. The technologies on detecting and tracking targets have different methods and contents which are not just some redundant scientific techniques. On the contrary, they are the very basis of the concept which is deemed inherently wrong and violating human dignity by its adversaries.

The arguments against the concept of AWS have different moral bases. A consequentialist relies on the claim that AWS cannot fulfill *jus in bellum* requirements (discrimination, distinction, and proportionality in conflicts) and that, in truth, they do not save lives. The advocates of virtue ethics argue that remote killing is not in accordance with the warrior's ethos[32,33]. The deontology which has the human dignity as a moral red line, a moral concept which became a legal concept by virtue of international agreements and constitutions of certain countries, is striking on the ground that these weapons are *intrinsically* wrong and infringe human dignity.

As far as I am concerned, the more popular versions of moral objections against autonomous weapon systems have their intuitive roots, in essence, from the concept of human dignity. Therefore, it should be examined carefully.

---

[31] It is not employed in order to specifically signify the term used by Kant describing the agent's freedom of action guided by his moral will complying with universal law inside as opposed to *heteronomy* which is the determination outside by the forces beyond the individual's control i.e. laws of the nature.

[32] MANJIKIAN, Mary, **A Typology of Arguments About Drone Ethics,** Strategic Studies Institute, US Army War College, 2017, www.jstor.org/stable/resrep11357. (Accessed 11 Sept. 2020).

[33] Not being on the battlefield, not confronting your enemy and not looking into his eyes before the killing occurs would be against the virtues of warrior. A warrior is defined by his courage and sacrifice. However, in a remote warfare the courage and the self-sacrifice will not be needed nor practiced. Military virtues defining what a soldier is would vanish.

3. Dignity and Inflationary Uses

Since ancient times, the human dignity has been generally used as an indicator of the human supremacy over other creatures and beings. From Cicero to contemporary philosophers the capacity of rational decision making, and self-improvement was seen as the core characteristic of humans as species.[34] Even in the Medieval philosophical debates concerning the 'universals', to identify the essence of humanity, the philosophers had frequently resorted to the argument that humans are intelligent and therefore, they are different from other species.

According to the framework set in the *Groundwork for the Metaphysics of Morals*, human dignity in Kantian tradition is based on the capacity of humans as rational beings to deliver moral judgments [Ak 4:421].[35] In that sense, being able to render such moral judgments that have a universal character, is the basis of human dignity. Further, human beings must be treated as ends and not as mere means. Accordingly, the rational kernel of our existence which enables us to regulate our moral laws is the source of dignity in this sense.

Nevertheless, for long time, this term is no longer used in its narrow sense. Today, "due to the openness of its content and its independence of any particular metaphysical background theory", human dignity plays the role of a consensus surmounting ideological differences. In this sense, there is a strong inclination to accept human dignity as a defensive concept which is designated to protect the incommensurable value of human beings.[36] The vagueness of the concept functions as a justificatory basis of rights underlining the specific value of human beings. In Birnbacher's view, regarding the autonomous weapons, those who suggested something intrinsic in AWS is contrary to human dignity have invoked some inflationary uses of the concept. They interpreted it either: (1) as a concept applicable to abstract objects such as humanity, (2) a concept that is

---

[34] POP Ariadna, **Autonomous weapon systems: A threat to human dignity?**, https://blogs.icrc.org/law-and-policy/2018/04/10/autonomous-weapon-systems-a-threat-to-human-dignity/ (17 Aug 2020).

[35] KANT Immanuel, **Groundwork for the Metaphysics of Morals**, (tr. Allen Wood), Yale University Press, 2002, p. 37.

[36] KIPKE Roland / GÜNDÜZ Eray, "İnsan Onurunun Felsefi Boyutları - En Üst Anayasal İlkenin Temelleri Üzerine", (tr: Esra Göksu), **Juristische Ausbildung (JURA)**, 2017, pp. 9-15, p. 3-4.

identical to that of morality in its entirety, including positive duties, and (3) as a purely expressive concept devoid of descriptive content i.e., merely as a conversation stopper.[37]

According to Birnbacher, in its proper use, the concept of human dignity is (i) applicable only to human individuals (contrast to its application to humanity as a whole), (ii) a moral concept of particular normative force implying certain human rights without implying human duties and (iii) a 'thick' concept referring to a number of defined basic rights.[38]

In this view, we should be able to determine particularly which human rights implied by human dignity are violated by AWS and whose rights are violated. Birnbacher suggests that the basic human rights referred by dignity may be formulated as: (1) the right not to be severely humiliated and made the object of public contempt; (2) the right to a minimum of freedom of action and decision; (3) the right to receive support in situations of severe need; (4) the right to a minimum of quality of life and relief of suffering; (5) the right not to be treated merely as a means to other people's ends, i.e. without consent and with severe harm or risk of harm.[39]

As the Birnbacher observes, only 4th and 5th rights, it may be said, are especially at stake before AWS. Their deployment poses civilians in danger by not providing even a minimal quality of life and by risking them, and they make civilians the mere means of certain persons' purposes. It has been argued that the asymmetry of forces is likely to cause severe civilian loss and collateral damage. Another threat they pose regarding abovementioned rights arises out of the unpredictability of attacks by autonomous systems.[40] Furthermore, the principles of proportionality and discrimination are at stake infringing the 4th and 5th rights. However, it should be noted that in these arguments what is contrary to human dignity is not these weapons themselves but, rather, the "uses" on which they might be put.[41]

---

37 BIRNBACHER Dieter, "Are autonomous weapons systems a threat to human dignity?", **Autonomous Weapon System: Law, Ehics, Policy**, ed. BHUTA Nehal C. et al., Cambridge University Press, 2016, pp. 108-112, p. 108-112.

38 Ibid, p. 113.

39 BIRNBACHER, 2016, p. 114.

40 Ibid, p. 117.

41 loc.cit.

Two main responses set forth against such concerns claim that (1) the morally problematic features of AWS are not restricted to this particular system; and (2) these features are *extrinsic* rather than *intrinsic* and depend essentially on the *probability* that these systems tend more than others to be used in ways contrary to human dignity.[42] The former claim has been articulated by several authors. For example, Kershnar argues autonomous weapons pose no moral special problem which is to say that the producing and using of autonomous weapons is wrong under the same conditions as the use of nonautonomous weapons.[43] In theory, what makes AWS problematic with respect to human dignity are, *a fortiori*, present[44] in conventional acts of war.[45] The latter is defended by Strawser, Birnbacher, and others on the grounds that AWS are not *necessarily* condemnable in principle.

Thus, as we examine closely the subject-matter, it gets more difficult to condemn the production, development and use of autonomous weapons in the name of human dignity, in contrast with our *prima facie* intuitions. In order to put a preemptive ban on the development of such systems we must primarily reach the conclusion that they are wrong in every circumstance i.e. in principle.

4. An Evaluative Approach

Although the concept of human dignity has its roots in the Medieval religious thinking, Kant did construct his understanding on a rational ground in parallel with his general philosophy. In Groundwork, Kant suggests that the moral value of our actions is not to be evaluated as per the dictates of consequentialist philosophy, rather, what he argues that moral value is determined by the compliance of our maxims, which guide our actions, with

---

42 Ibid, p. 119.

43 As the argument goes: (P1) Necessarily, if an act is wrong, then it wrongs someone. (P2) Necessarily, if an act wrongs someone, then it infringes on his right. (C1) Hence, necessarily, if an act is wrong, then it infringes on his right. [(P1), (P2)] (P3) Producing or using autonomous weapons does not necessarily infringe on someone's moral right. (C2) Hence, producing or using autonomous weapons is not necessarily wrong. [(C1), (P3)] see, KERSNAR Stephen, "Autonomous Weapons Pose No Moral Problem", **Killing by remote control: The Ethics of an Unmanned Military**, ed. Bradley Jay Strawser, Oxford University Press, 2013.

44 BIRNBACHER, loc. cit.

45 POP, 2018.

the universalized moral law [B14, B86].[46] In his conception, the deontology refers to absolute duties which govern the morality of our actions [B16, 17]. As opposed to the *hypothetical imperatives* which rely on some conditional for a duty to act in a certain way may be obligatory (likewise the legal norms), the *categorical imperatives* have an absolute character regardless of the consequences or the circumstances of a given action.

However, these categorical imperatives are not dogmatic as the religious rules nor they may be determined easily as our laws which can be known in virtue of their enactment by our parliaments. The procedures that enable us to universalize our maxims and, thereby, give their moral value have a crucial effect in this respect. For Kant, the freedom, the autonomy, and the morality are interdependent [B109]. In his conception, the sensible world (*mundus sensibilis*) may cause our capacity of sensation and understanding to a certain course of effect, but, as a rational being, in the intelligible world (*mundus intelligibilis*), one can reason if and only if one supposes the freedom and makes one's law for itself. As a necessary conclusion of his thinking, the way a human articulates the moral law is where his freedom lies, and this freedom can be moral only if the universalization procedures are followed. Similarly, humans as rational beings have ends, they are not mere objects of the will as the non-rational beings are. They are in this respect an end in itself in the kingdom of ends; therefore, we cannot use such an end solely as means [B64].

As to the question of how to understand these procedures and their relationship with the human dignity, which will give us answers on our research, we can take Hermann's approach to the moral justification of self-defense in Kantian Ethics. Categorical Imperative (hereinafter referred to as CI) procedure dictates us to question whether willing the principle or maxim of a given course of action can be universalized. For example, in the case of lying and deceitful promises, we cannot universalize such actions because in a world where everyone lies there will be no sense in lying or similarly where everybody gives deceitful promises to each other, neither promising nor deceiving will be possible.

According to Hermann, *CI* procedure relies on two parts for an action to be evaluated as moral [B 46][47]: Contradiction in Will (hereinafter referred to

---

[46] KANT Immanuel, **Ahlâk Metafiziğinin Temellendirilmesi (Grundlegung zur Metaphysik der Sitten)**, (tr. İoanna Kuçuradi), Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 2018, p. 57.

[47] "(...) although a nature could still subsist in accordance with such a universal law (...) it is impossible for him to will that this should become a universal law of nature (...)", see, KANT, 2018, p. 40.; **Groundwork**, 2002 Tr. Wood, [Ak 4:423], p. 39.

as CW) and Contradiction in Conception (hereinafter referred to as CC) tests[48]. For instance, the abovementioned deceitful promise cannot be universalized because it is impossible to imagine a world where everybody lies and there, at the same time, exists a conception of the lie. In that sense, the maxim of the convenience of lying fails the *CI* procedure not because the will contradicts itself, but the conception of lying is not possible in such a world. Inversely, the universal law of killing is not impossible to conceptualize in our minds. We can imagine a Hobbesian world where every human being is habitually killing each other. Accordingly, the killing remains to be meaningful as a concept; therefore, it does not altogether bring a contradiction in conception[49]. So, what makes the maxim of killing immoral?

Killing passes *CC* test but not *CW* test necessarily. Hermann's suggestion for this is as the following: "Can you guarantee that in all circumstances you can will that others not regard your life as a reason not to kill you, without your will contradicting itself."[50] Thus, *CW* procedure has a content in contrast with the purely procedural character of *CC* test. "For if I will anything at all, I must will the necessary conditions of continued agency."[51] Accordingly, no human being is capable of willing the universal principle of indifference to human life without contradicting what he must, otherwise, will. Thus, for Hermann, it is not possible for humans to rationally will such a maxim governing their actions.

The crucial part here is that the moral value of killing is not related to the harms and pain that will bring upon the victim, rather, due to the indifference to human life, the murderer discounts the value of the life of a rational being to the currency of his purposes. As such, the moral value of self-defense is not related to death or corporal harm that I may suffer, but the fact that the murderer/aggressor discounted my agency.[52] In that respect, the aggressor does not forfeit any right to life, what is morally problematic here is my discounted agency and my incommensurable value as a human being.

---

48 HERMAN Barbara, "Murder and Mayhem: Violence and Kantian Casuistry", **The Monist**, vol. 72, no. 3, 1989, pp. 411-431, www.jstor.org/stable/27903148 (Accessed 17 Aug 2020), p. 413.

49 Ibid, p. 415-416.

50 Ibid, p. 418.

51 Ibid, p. 419.

52 Ibid, p. 421-422.

Now, suppose a scenario (Scenario-I.a) where there is an ideal pacifist community (PC), which has neither a warrior nor a weapon except only unmanned aerial combatant vehicles (UCAV) which are remotely controlled. Then, an aggressor army approaches the *PC*. Aggressor's army (AA) is composed only of combatants who are eager to kill the members of *PC* in order to conquer and use the resources of *PC*. And suppose there are 5 miles between *AA* and *PC*. When *AA* is ready to strike, *PC* deploys its drone army to kill *AA*'s soldiers.

In this scenario, did the dignity of the members of *AA* get violated? In line with the above-mentioned theoretical basis, *AA* failed to acknowledge that the lives of the members of *PC* belong to humans as rational beings. Therefore, *PC* is entitled to defend itself in order to assert its status as a rational being. *AA* tries to use *PC* merely as means (use its resources, to enslave *PC*, to eliminate as a strategic obstacle) for its end (domination, conquest). *PC* may use violence to the extent to kill *AA*, and the means used by *PC* in this process e.g., drones do not contravene human dignity because it is the only way for members of *PC* to resist *AA*'s intention to use *PC* as means i.e. discount its value as a rational being. At this point, the use of drones between multiple combatant persons is morally equal to use of conventional weapons.

I do not deny that the above-mentioned theoretical groundwork which is designed for a rational moral agent's good will in decision making does not meet with the conditions of a perfectly justified situation for self-defense, rather our case considers the very reality of international military conflicts and *jus ad bellum* requirements. Nevertheless, I think that if we are to evaluate the morality and the compliance with the human dignity of the use of drones in principle, we should examine such cases and drawing such an analogy is insightful.

Furthermore, a possible objection might be expressed in a variation of this scenario (Scenario-I.b): Suppose there are 500 miles instead of 5, and we are certain that the aggression is going to happen by means of missiles employed by *AA*. Even if the drones are not automated and they are remotely controlled by the members of *PC*, so there is a human-in-loop, we may suggest that the '*distance*' between the parties makes the act of killing immoral. I do not think, in such a situation, the distance itself brings any extra burden, in terms of human dignity, as opposed to what has been argued by certain people who claim that the distance makes unnecessary to kill for

self-defense with regards to the combatants because in this case, there is no real person on the battlefield, and such preemptive actions may break the moral contract between the soldier and the nation-state. However, in parallel with that argument, any depersonalization in the use of force as a result of eliminating the human element on the battlefield should result in the immorality of such actions[53]. Consider Scenario I.b, if the aggression by *AA* is going to happen without any doubt what the distance may bring in other than a spatio-temporal change of the attack in the terms of the human dignity?

As for another situation (Scenario II), suppose there are automated weapon systems instead of remotely controlled aircrafts. Taking the distinction made by Boothby on this question (*supra*), we know what results may be given birth in response to certain situations by the automated weapons which follow pre-determined rules or schemes. In parallel with the above-mentioned ethical examination, I argue there is nothing morally wrong to have and use automated systems in such a scenario in terms of human dignity provided that there is a human-in-loop, for several reasons. *First*, Kantian dignity relies on the morally good will of the agent and the compliance of this will guiding the maxims of our actions with the universalized moral law. Herman's justification for self-defense was to say that "in stopping the aggression with force I am asserting my status as a rational agent"[54]. In the question of killing by remote control or automated systems, what is morally ambiguous is the question of whether we have still the moral agency i.e., control on the deliberation process for the life-and-death situations. Considering above mentioned Sharkey's classification on the control, even having a human in loop who has a restricted time for a veto against the attack whose target has been determined by the automated system does not seem problematic in this regard. The agent of the killing would still have control over whether such an action will be carried out or not. Thus, the necessary conditions for the moral agency in order to will a maxim in compliance with the categorical imperative does not disappear. Consequently, the agent of the killing has still his dignity.

---

[53] However, it should be noted the fact that any depersonalization in warfare would not justify killing by distance alone. Therefore, I do not agree with the core of the argument put forward by Kersnar and others who claims that the immoral features identified in drone warfare or autonomous weapons are already present in the conventional weapons.

[54] HERMAN, 1989, p. 427.

Second, the dignity as laid-out here relies on the duty to not regard other humans as mere means in order to not discount their incommensurable value. However, this duty is related to the agent's will. If there be an objection arguing that the drones or automated systems make of humans only binary numbers, Kantian dignity does not consider such questions of technicality for an action to be carried out[55], rather, in his view, the morality relies on the question of absolute duties and whether the agent's willing such maxims is in compliance with the duties. In this regard, I believe the essence of Kersnar's argument saying autonomous weapons pose no moral special problem comparing the use of non-autonomous weapons may be valid from this point of view.

Third, there might be an objection against the suggestion considering a human-in-loop having a restricted time to veto. In this view, the decision of the human in that position would not be authentic because it will stand on the automatic deliberative process instead of controlled decision making on the questions of life-and-death. However, I argue that the agent in that situation is capable of giving a judgment because these weapons are "programmed logically to follow a pre-defined set of rules to provide an outcome"; therefore, we know which responses we may obtain from automated systems in certain situations as opposed to the future development of fully autonomous systems. Moreover, in this case whether the action shall be carried out or not will still be under the control of the agent through veto.

In a situation where the *PC* has autonomous weapons (Scenario III), I agree with Human Rights Watch and other proponents of a preemptive ban claiming that the use of these weapons would contravene human dignity but for the reasons mentioned above. Delegating life-and-death decisions is against the dignity because in willing the use of fully autonomous systems where there is no human-in-loop and human control, I cannot guarantee at the same time my will does not contradict itself because I must will the necessary conditions of my continued agency until the point of no return. Therefore, I argue that autonomous weapons systems (AWS) will be violating the human dignity of the agent of the aggression in an armed conflict. Regarding the victim of the attack, I do not think there would be a question of morality because there is no moral will which would determine the maxim of such an action.

---

[55] KANT, 2018, [B 44], [B 45].

III. CONCLUSION

Automation and autonomy are different; therefore, they should be treated differently. The depersonalization of the use of force on the battlefields is nothing new; when man-ape, from *2001: A Space Odyssey* by Arthur C. Clarke, found the use of tools in the killing, the depersonalization of warfare did already begin. Yet, in order to evaluate the morality of the use and development of such weapons, we should distinguish their essentials. As it is a common point of objection, the human dignity has been used for inflationary purposes regarding the debate around the autonomous weapons. In the framework where the human dignity is articulated by Kant, moral deliberation is based on the autonomy of the agents' rational will.[56] Accordingly, we can assess the moral value of our actions only through the medium of the rationalized procedures for the universal moral law.

The drone warfare and the use of automated and autonomous systems may lead to the accountability gap and reduce the societal cost on the shoulders of the politicians. In a warfare scenario where two sides are symmetrically equipped with remote controlled or autonomous weapons, the battles will not produce any human casualties. Thus, after that the reason to defend one's country, in legal terms, to protect its territorial integrity, have been vanished, not having a human loss will remove the pressure of the public on the politicians who have been waging wars overseas; therefore, it will lower the threshold to engage in wars as it will reduce the financial costs.[57]

Human dignity is not only a matter of ethical debates, but it has been introduced as a legal concept in virtue of Human Rights Declarations, international treaties, and some national constitutions (for example, Article 1 of the German Constitution). That is why the proponents of a preemptive ban for the autonomous weapons resort to this concept as a justificatory basis.

This paper aimed to examine the legal and moral relations between the concepts of autonomous weapons and human dignity. Therefore, although there are a number of valid claims made against the concept based on the consequentialist theories, in the scope of human dignity which Human Rights Watch and others explicitly resorted to, it must be noted that we have to evaluate the intrinsic values of remote-controlled weapons, automated and autonomous weapons separately.

---

[56] WOOD Allen W., "What is Kantian Ethics?", **Groundwork for the Metaphysics of Morals**, ed. tr. Allen Wood, Yale University Press, 2002, pp. 157-181., p. 171.

[57] LIN, Patrick, "Ethical Blowback from Emerging Technologies", **Journal of Military Ethics**, Vol. 9, No. 4, 2010, pp. 328-346., p. 339-340.

REFERENCES

Books and Articles

BIRNBACHER Dieter, "Are autonomous weapons systems a threat to human dignity?", **Autonomous Weapon System: Law, Ehics, Policy**, ed. BHUTA Nehal C. et al., Cambridge University Press, 2016, pp. 108-112

BOOTHBY William H., **Conflict Law: The Influence of New Weapons Technology, Human Rights and Emerging Actors**, Asser Press, 2014

FRANKLIN Michael, **Unmanned Combat Air Vehicles: Opportunities for the Guided Weapons Industry?**, Military Sciences Department Royal United Services Institute for Defence and Security Studies, 2008

HERMAN Barbara, "Murder and Mayhem: Violence and Kantian Casuistry", **The Monist**, vol. 72, no. 3, 1989, pp. 411-431, www.jstor.org/stable/27903148 (Accessed 17 Aug 2020)

HEYNS Christof, "Autonomous weapons systems: living a dignified life and dying a dignified death", **Autonomous Weapon System: Law, Ehics, Policy**, ed. BHUTA Nehal C. et al., Cambridge University Press, 2016, pp. 3-19.

Human Rights Watch, **Heed the Call: Moral and Legal Imperative to Ban Killer Robots**, 2018

KANELLAKIS Christoforos / NIKOLAKOPOULOS George, **Survey on Computer Vision for UAVs: Current Developments and Trends**, Springer, 2017

KANT Immanuel, **Ahlâk Metafiziğinin Temellendirilmesi (Grundlegung zur Metaphysik der Sitten)**, (tr. İoanna Kuçuradi), Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 2018

KANT Immanuel, **Groundwork for the Metaphysics of Morals**, (tr. Allen Wood), Yale University Press, 2002

KERSNAR Stephen, "Autonomous Weapons Pose No Moral Problem", **Killing by remote control: The Ethics of an Unmanned Military**, ed. Bradley Jay Strawser, Oxford University Press, 2013

KIPKE Roland / GÜNDÜZ Eray, "İnsan Onurunun Felsefi Boyutları - En Üst Anayasal İlkenin Temelleri Üzerine", (tr: Esra Göksu), **Juristische Ausbildung (JURA)**, 2017, pp. 9-15

LIN, Patrick, "Ethical Blowback from Emerging Technologies", **Journal of Military Ethics**, Vol. 9, No. 4, 2010, pp. 328-346

MANJIKIAN, Mary, **A Typology of Arguments About Drone Ethics,** Strategic Studies Institute, US Army War College, 2017, www.jstor.org/stable/resrep11357. (Accessed 11 Sept. 2020)

POP Ariadna, **Autonomous weapon systems: A threat to human dignity?**, https://blogs.icrc.org/law-and-policy/2018/04/10/autonomous-weapon-systems-a-threat-to-human-dignity/ (17 Aug 2020)

SHARKEY Noel, "Staying in the loop: human supervisory control of weapons", **Autonomous Weapon System: Law, Ehics, Policy**, ed. BHUTA Nehal C. et al., Cambridge University Press, 2016, pp. 23-38

STRAWSER Bradley Jay, "Introduction: The moral Landscape of Unmanned Weapons", **Killing by remote control: The Ethics of an Unmanned Military**, ed. Bradley Jay Strawser, Oxford University Press, 2013, pp. 3-24.

WOOD Allen W., "What is Kantian Ethics?", **Groundwork for the Metaphysics of Morals**, ed. tr. Allen Wood, Yale University Press, 2002, pp. 157-181.

ZULAIKA, Joseba, "Trauma: THE KILLER AS VOYEUR." In **Hellfire from Paradise Ranch: On the Front Lines of Drone Warfare**, Oakland, California: University of California Press, 2020, pp. 111-150. doi:10.2307/j.ctvw1d607.7. (Accessed June 18, 2020)

ÖZEL HUKUK

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2021; 1: 713-801

PLATFORM ÇALIŞANLARINI YASAL GÜVENCEYE KAVUŞTURMAK: SORUNLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ(*)

Doç. Dr. **Gaye BAYCIK**(*1)
Dr. Öğr. Üyesi **Orhan Ersun CİVAN**(*2)
Arş. Gör. **Hazal TOLU YILMAZ**(*3)
Arş. Gör. **Berrin BOSNA**(*4)

Öz: Platform ekonomisi, bireylerin dijital platformlar aracılığıyla ücretli veya ücretsiz olarak mal, tecrübe ya da hizmetlerini paylaşımı temeline dayanan bir sistemdir. Ücret karşılığı işin görüldüğü dijital platformlar, hem geleceğin çalışma biçimini şekillendirme, hem iş hukukunun gelişimini etkileme potansiyeline sahiptir. Şimdiden Yabancı ülke mahkeme kararlarına, dijital platformlar üzerinden iş gören kişilerin hukuki statüsü konusundaki uyuşmazlıklar yansımaya başlamıştır. Farklı yönde mahkeme kararları ve öğreti görüşleri bulunmaktaysa da, dijital platformlar kanalıyla çalışan ve ekonomik bağımlılık altında bulunan kişilerin sosyal açıdan korunma ihtiyacı duyduğu açıktır. Çözüm olarak farklı çalışan statülerinin tanımlanması düşünülebilecekse de, işçi ve bağımsız çalışan kategorilerinin yanında yeni bir çalışan statüsü oluşturmak hukuk sistemimiz açısından uygun görünmemektedir. Dolayısıyla dijital platformlar üzerinden iş gören ve belli kriterleri taşıyan kişilerin işçi sayılması, en uygun seçenek olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak bu durum İş Kanunu, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda da dijital platform tabanlı iş

(*) Makale Gönderim Tarihi: 05.03.2021. Makale Kabul Tarihi: 15.04.2021.

(*1) Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı (ORCID no: 0000-0002-1098-6948; *gbaycik@law.ankara.edu.tr*).

(*2) TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı (ORCID no: 0000-0003-3149-427X; *ocivan@etu.edu.tr*).

(*3) Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı (ORCID no: 0000-0002-0133-9941; *htolu@gsu.edu.tr*).

(*4) Gaziosmanpaşa Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı (ORCID no: 0000-0002-3628-0652; *berrin.bosna@gop.edu.tr*).

ilişkisine özgü değişiklikler yapılmasını zorunlu kılmaktadır. İşbu makalenin hazırlanmasında 120K619 No'lu projeye maddi destek sağlayan TÜBİTAK'a teşekkür ederiz.

Anahtar Kelimeler: Platform Ekonomisi, İşçi, Bağımlılık, İşçi Benzeri, Yarı-Bağımlı Çalışan.

PROVIDING LEGAL ASSURANCE FOR PLATFORM WORKERS: PROBLEMS AND SOLUTIONS

Abstract: Platform economy is a system based on sharing goods, experiences, or services for free or a fee by individuals through digital platforms. Digital platforms where work performed for remuneration, have a potential to shape the future of work and to influence the development of labour law. Already, disputes over the legal status of people who work through digital platforms have begun to be reflected in foreign court decisions. Although there are court decisions and doctrine opinions in different directions, it is clear that people who work through digital platforms and are under economic dependence need social protection. Even if defining different worker status can be considered as a solution, creating a new worker status next to the categories of employees and self-employed does not seem appropriate according to our legal system. Therefore, accepting people who work on digital platforms and have certain criteria as employee is considered the most proper option. However, this requires amendments to the Labour Law, Social Insurance and General Health Insurance Law and the Occupational Health and Safety Law specific to the digital platform-based employment relationship. We appreciate the financial support of TUBITAK to the project No:120K619 in the preparation of this article.

Keywords: Platform Economy, Employee, Subordination, Employee-Like, Quasi-Self Employed.

GİRİŞ[1]

Tarihsel olarak üretim teknolojileri alanında yaşanan gelişmeler iş ilişkilerini etkilemiş ve iş hukukunda tartışılması ve incelenmesi gereken yeni konuların doğmasına neden olmuştur[2]. XXI. yüzyılda da bilgi ve iletişim

---

[1] Bu makalenin, "Platform Ekonomisinin Terminolojisi ve Platform Türleri" başlıklı birinci kısmı Bilgi Üniversitesi tarafından düzenlenen İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar-IV Sempozyumu'nda Arş. Gör. Hazal Tolu tarafından sunulan *"Teknolojinin İş İlişkilerinin Sınıflandırılmasına Etkisi- Crowdwork Örneği"* başlıklı tebliğe dayanmaktadır.

[2] DAU-SCHMIDT Kenneth G. "The Impact of Emerging Information Technologies on the Employment Relationship: New Gigs for Labor and Employment Law", **University of Chicago Legal Forum**, 2017, s. 63.

teknolojilerinde yaşanan gelişmelere bağlı olarak, dijital emek giderek daha fazla önem kazanmış ve işletmelerin organizasyonel yapılarında önemli değişiklikler meydana gelmiştir. Bilgi ekonomisi ve dijitalleşmeye geçiş, öncesinde hayat boyu ve tam süreli çalışma modeline dayanan üretim ekonomisini değiştirmiş ve önceki dönemdeki dikey terfi sistemi içinde bir işyerinde terfi etmeyi bekleyen işçilerin yerini, yatay düzlemde sık sık iş değiştirerek yeni alanlar tanımaya çalışan işçiler almıştır[3]. Bunun gibi yaratıcı düşünce ve mesleki eğitime verilen önem artmıştır. Çalışanlar artık ömür boyu çalışacakları bir işte kalmak yerine, mevcut yeteneklerini geliştirmek ve emek piyasasındaki rekabet güçlerini korumak için çabalamaktadır[4]. İşçiler bilgi ve tecrübelerine göre işe alınmakta ve bu işler genellikle proje tabanlı, geçici, kısmi ve belirli süreli işler olmaktadır[5].

Dijital dönüşüm ve otomasyon, şirketlerin iş modellerini de önemli ölçüde değiştirmiştir. Zira, dijital dönüşüm ve otomasyona geçiş yapmayı başarabilen pek çok sayıda şirket, sınırlı sayıdaki vasıflı işçileri dışında işçi istihdam etmeme, robotik, yapay zekâ ve web tabanlı uygulamalar ile iş süreçlerini ve müşteri yönetimini otomatikleştirme ya da akıllı telefon uygulamaları sayesinde sundukları hizmetleri dışarıdan uygulamaya kayıt olan ve o şirketin işçisi niteliği taşımayan "*serbest çalışan*"lara (independant contractors) gördürme yolunu seçmişlerdir[6]. Diğer bir ifadeyle, geleneksel anlamda işçilerin yerini, dijitalleşme ve otomasyona bağlı yöntemler ile mobil

---

[3] ESTLUND Cynthia, "What Should we do After Work? Automation and Employment Law" **Yale Law Journal**, Forthcoming; NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 17-28; NYU Law and Economics Research Paper No. 17-26, s. 28. https://ssrn.com/abstract=3007972 (Erişim Tarihi: 23.01.2021).

[4] CHERRY Miriam A., "Beyond Misclassification: The Digital Transformation of Work", **Comparative Labor Law & Policy Journal**, Forthcoming; Saint Louis U. Legal Studies Research Paper No. 2016-2, 2016, s. 19-20.

[5] **CHERRY**, 2016, s. 20.; COUNTOURIS Nicola **"Defining and regulating work relations for the future of work", Governance working paper series**, ILO, Geneva, 2019, s. 6. DOĞAN YENİSEY Kübra, "Endüstri 4.0 Üretimin Değişen Yapısı ve İş Hukuku", **Toprak İşveren Dergisi**, S. 120, 2018, s 14.; Bununla birlikte, belirsiz süreli iş sözleşmelerin, işçilerin geleceklerini daha rahat öngörebilmelerine imkân tanıdığı; işverenlerin ise işe alma ve mesleki eğitim maliyetlerini düşürerek üretime yaptıkları yatırımın artmasını sağladığı unutulmamalıdır. OECD, **Labour market regulation 4.0: Protecting workers in a changing world of work,** OECD Employment Outlook 2019: The Future of Work, OECD Publishing, Paris, 2019, s. 134.

[6] Time Magazine tarafından 2016 yılında yapılan bir araştırmaya göre 14 milyonun üstünde insan talep üzerine ekonomi modelinde çalışmaktadır. https://time.com/4169532/sharing-economy-poll/, (Erişim Tarihi: 26.01.2021).

uygulamalar üzerinden bağımsız çalışan kişiler almıştır[7]. Örneğin, bugün dünyanın en büyük üç fotoğraf sağlayıcısından biri olan iStockphoto, tek bir fotoğrafçı dahi istihdam etmemekte, veri tabanındaki bütün fotoğrafları uygulamaya kayıt olan freelance fotoğrafçılardan sağlamaktadır[8]. Geleneksel fotoğraf sağlayıcıları tarafından profesyonel bir fotoğraf ortalama yüz dolara satılırken, çoğu amatör kişiler tarafından çekilmiş olan fotoğraflar internet üzerinden bir ilâ beş dolara satın alınabilmektedir[9]. Bu durum karşısında geleneksel yöntemlerle üretim yapan şirketler piyasadaki yerlerini korumakta zorlanmaktadır. Gelinen noktada işi otomatize edemeyen veya işi serbest çalışanlara gördürerek işçilik maliyetlerini azaltmayı başaramayan şirketlerin rekabet güçlerini koruması mümkün görünmemektedir[10]. Covid-19 sürecinde de olası bir krize karşı en hızlı aksiyon gösteren şirketlerin, önceki yıllarda buna imkan tanıyabilecek teknolojik altyapıyı kurmuş olan şirketler olduğu görülmüştür. Önceki yıllarda sanal çalışma ve iletişimi destekleyen araçlara yatırım yapan şirketler, böylesi bir krize hızlı bir şekilde cevap verebilmişlerdir[11]. Bu itibarla, salgın sonrası dönemde de şirketlerin iletişim araçlarına, teknoloji, otomasyon ve işgücünde dijitalleşmeye yönelik yatırımlarını arttıracakları söylenebilir.

Bilgi ve iletişim teknolojilerinde yaşanan gelişmelere bağlı olarak akıllı telefonların kullanımının olağanüstü derece artması sanal platformlar ve platform tabanlı iş ilişkisinin doğumuna neden olmuştur[12]. Bu platformlar, arz ve talebi bir araya getirerek pazar oluşturmakta ve bu pazarda bireylerin ulusal ya da uluslararası düzeyde mal veya hizmet paylaşımında bulunmala-

---

7 TODOLÍ-SIGNES Adrian, "The End of the Subordinate Worker? Collaborative Economy, On-Demand Economy, Gig Economy, and the Crowdworkers' Need for Protection", **International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations (IJCLLIR)**, Vol. 33, No. 2, 2017, s. 4.; **ESTLUNG**, 2017, s. 28.

8 **TODOLÍ-SİGNES,** 2017, s. 4.

9 FELSTINER Alek "Working the Crowd: Employment and Labor Law in the Crowdsourcing Industry", **Berkeley Journal of Employment and Labor Law**, Vol. 32, Issue 1, 2011, s. 158.

10 **ESTLUNG**, 2017, s. 31.

11 SEZGİN Cem. "İşin Geleceği: Uzaktan çalışma sisteminde organizasyonel dayanıklılığı korumak". Deloitte.2020.https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/tr/Documents/human-capital/isin-gelecegi-uzaktan-calisma-sisteminde-organizasyonel-dayanikliligi-korumak.pdf (Erişim tarihi: 23.07.2020).

12 SANTOS SILVA Marta, "A New Labour Ecosystem in the Sharing Economy: A Platform for Growth?", 2017, s.1. https://ssrn.com/abstract=3058060 (Erişim tarihi: 25.08.2020); DOĞAN YENİSEY, 2018, s. 11.

rını sağlamaktadır[13]. Söz konusu platformlar, borçlar hukukunun daha az korumacı düzeninden yararlanmakta, görülen hizmetin bedeli serbest piyasa ekonomisinin arz-talep yasalarına terk edilmektedir. Diğer bir ifadeyle, gelinen noktada güvencesiz çalışma modelleri, kısmi süreli veya belirli süreli çalışmanın da ötesine geçmiştir[14]. Zira söz konusu çalışanlar, platformlar tarafından işçi olarak kabul edilmemekte, serbest çalışan/girişimci olarak nitelendirilmekte ve işverenlerin ihtiyaç duyduğu işgücü günün ihtiyaçlarına göre arttırılıp azaltılabilmektedir[15].

Platformlar yönetim, kontrol ve denetim haklarını kendilerinde saklı tutarak bir yandan işverenlerin sahip olduğu ayrıcalıkları korurken, diğer yandan işveren olmanın getirdiği yükümlülük ve sorumluluklardan kurtulmaya çalışmaktadır[16]. Bu durum, iş hukukunun en temel kavramı olan "*iş sözleşmesi*" kavramı ile bu kavramı tanımlamak için başvurulan "*bağımlılık unsuru*"nun sorgulanmasına yol açmakta, platform çalışanlarının geleneksel anlamda işçilerden farklı olan yönleri bu kişilerin iş hukuku bakımından sınıflandırılmasını güçleştirmektedir[17].

Son yıllarda platformlar üzerinden çalışan kişiler, platformlara karşı dava açarak iş hukukunun koruyucu kurallarının kendileri bakımından da uygulanmasını talep etmişler, bu kişilerin işçi mi yoksa serbest çalışan mı oldukları sorusu birçok ülkede yargının gündemini işgal eden ve çözümlenmeyi bekleyen bir konu halini almıştır. Projemizin bu bölümünde, hayatımıza yeni giren platform ekonomisi kavramı ile gig ekonominin iş ilişkilerinin sınıflandırılmasına etkisi ve bu konuda verilen yargı kararları incelenerek, Covid-19 sonrası dönemde sayılarının giderek artacağı tahmin edilen platform çalışanlarını korumaya yönelik yeni bir model oluşturulmaya çalışılacaktır.

---

[13] CORRÊA Ana Maria, "Regulatory Risks Faced by the Transportation Sharing Economy: Workforces at Stake", **European Journal of Risk Regulation**, Vol. 9, Issue, 4, 2018, s. 641.; FABRE Alexandre / ESCANDE-VARNIROL Marie-Cécile, "Le droit du travail peut-il répondre aux défis de l'ubérisation ?", **Revue de droit du travail**, 2017, s. 2; COURCOL-BOUCHARD Catherine/ PASQUIER Thomas, "Le livreur, la plateforme et la qualification du contrat", **Revue de droit du travail,** 2018, s. 3.

[14] **CHERRY**, 2016, s. 22.

[15] **FELSTİNER**, 2011, s. 151.

[16] VAN DEN BERGH Kieran. "Plateformes numériques de mise au travail: mettre fin à une supercherie" Revue de droit du travail, 2018, s. 1.

[17] **ESTLUNG**, 2017, s. 2.; **TODOLÍ-SİGNES**, 2017, s. 2.

I. PLATFORM EKONOMİSİNİN TERMİNOLOJİSİ VE PLATFORM TÜRLERİ

Platform ekonomisi, bir platform aracılığıyla ücretli veya ücretsiz olarak mal, tecrübe ya da hizmet paylaşımı temeline dayanan sistem olarak tanımlanabilir[18]. Platform ekonomisi yerine "*talep üzerine ekonomi*", "*eşler arası ekonomi*", "*paylaşım ekonomisi*", "*gig ekonomi*", "*işbirlikçi ekonomi*" ifadeleri de kullanılmaktadır[19]. Bu sistemde, yabancılar arasındaki işlemleri güvenilir kılmak ve kolaylaştırmak için dijital mimarileri kullanan internet platformları yer alır[20]. Kullanıcılar bu platformlara web uygulamaları üzerinden erişim sağlayarak çok çeşitli alanlarda ihtiyaç duydukları mal, tecrübe veya hizmeti alabilir, kendi bilgi ve tecrübelerini diğer kullanıcılarla paylaşabilirler.

Bu çalışmada platform ekonomisi altında yer alan her türlü platform incelenmeyecek, yalnızca iş hukukunun etkinliği bakımından önem taşıyan iş platformları ele alınacaktır. Bu itibarla varlık paylaşımı yapılan platformlar kısaca açıklandıktan sonra, asıl inceleme konumuz olan iş platformları incelenecektir.

1. Varlık Paylaşımı Yapılan Platformlar

Varlık paylaşımı yapılan platformlar, kullanıcılarına sahip oldukları varlıkları internet üzerinden üçüncü kişilerle paylaşma imkânı sunan platformlardır. Bu modelde kullanıcılar sahip oldukları varlıkları diğer kullanıcılarla paylaşma imkânı bulurken, platformların varlığı kullandıkları yazılım, eşleştirme algoritmaları, dijital alanda kurduğu saygınlık ve güvendir[21]. Platformun güvenilirliği arttığı ölçüde, platform üzerinden yapılan işlem sayısı da artar. Kullanıcılar hiç duymadıkları bir platform üzerinden işlem yapmaya çekinirlerken, piyasada ismi duyulmuş ve güven kazanmış, kullanıcı dostu uygulamaya sahip platformları daha çok tercih ederler.

---

18 **COURCOL-BOUCHARD**, 2018.

19 **SANTOS SİLVA,** 2017, s. 2.

20 GARDEN Charlotte / LEONG Nancy, "The Platform Identity Crisis: Responsibility, Discrimination, and a Functionalist Approach to Intermediaries" The Cambridge Handbook of the Law of the Sharing Economy Edited By Nestor M. Davidson, Michèle Finck, John J. Infranca, 2018, s. 450.

21 Söz konusu güvenin kurulabilmesi için platformun kullanıcıları puanlama sistemleri, geri bildirim mekanizmaları vb. yollarla belli ölçüde denetlemesi gereklidir. CHOUDARY Sangeet Paul, **The architecture of digital labour platforms: Policy recommendations on platform design for worker well-being**, ILO Future of Work research paper series, No. 3, Geneva, Switzerland, 2018, s. 5. Öte yandan, platformun kullanıcılar üzerinde sıkı bir denetim uygulaması muhtemel uyuşmazlıklarda sorumlu tutulmasına yol açabilecektir**. GARDEN** et al., 2018, s. 451.

Bu modelde iş platformlarından farklı olarak, bir ev, araç, kıyafet, beyaz eşya gibi varlığın üçüncü kişilerle bir bedel karşılığında veya ücretsiz olarak belli bir süre paylaşılması söz konusudur. Varlık paylaşımı yapılan platformlara kişilerin evlerini üçüncü kişilerle paylaşmasına imkân tanıyan Airbnb, araçlarını paylaşmasına imkân tanıyan Bla Bla Car, sıfır veya ikinci el ürünlerin satıldığı eBay, Letgo ya da Dolap örnek verilebilir.

Söz konusu sistemde varlık paylaşımı esas olduğundan, buna bağlı olarak sunulan hizmet ikincil nitelik taşır[22]. Örneğin, Airbnb'den evini kiralayan bir kişinin evi temiz olarak teslim etmek için yaptığı temizlik, bir hizmetin ifasından ziyade borcun uygun ifası için yapılan ve iş hukukunun kapsamı dışında kalan bir çalışmayı ifade eder[23]. Bunun gibi Letgo üzerinden bir ürün satan kimsenin yaptığı paketleme işlemi de yine yan edim yükümlülüğü olarak değerlendirilebilir. Bu itibarla, varlık paylaşımı yapılan platformlar iş hukukunun uygulama alanının dışında kalırlar.

2. İş Platformları

İş platformları, geleneksel olarak işçi tarafından görülen bir işin, genellikle büyük bir kişi topluluğuna yapılan açık çağrıyla ve çoğu zaman dış kaynak kullanılarak gördürüldüğü platformlardır[24]. Platformların, iş sahibi için iş görmeyi bekleyen geniş bir çalışan havuzu bulunur[25].

Sistem, hizmet talep eden "*gerçek veya tüzel kişi alıcı*", talep edilen hizmeti sunan "*çalışan*" ve bu ikisinin bir araya gelmesini sağlayan "*platform*"dan oluşan üçlü bir yapılanma üzerine kuruludur[26]. Günümüzde internet platformları üzerinden ulaşım, kargo, temizlik, çamaşır, kişisel koçluk, grafik tasarım, fotoğrafçılık, çeviri, tur rehberliği, çocuk bakımı, evcil hayvan bakımı, özel ders, psikolojik danışmanlık, kahve falı gibi pek çok alanda hizmet sunulmaktadır.

---

22 **TODOLÍ-SİGNES,** 2017, s. 7. TIPPETT Elizebeth "Employee Classification in the United States" Cambridge Handbook of the Law of the Sharing Economy; Davidson, N. M., Finck Michèle, Infranca, J. J., Eds.; **Cambridge University Press**, Cambridge, 2018, s. 294.

23 **FABRE** et.al., 2017, s. 2.

24 **TODOLÍ-SİGNES,** 2017, s. 8-10. **FELSTİNER**, 2011, s. 145.

25 **FABRE** et.al., 2017, s.1. **FELSTİNER**, 2011, s. 145. HUWS Ursula / SPENCER Neil / SYRDAL Dag, "Online, on call: the spread of digitally organised just-in-time working and its implications for standard employment models", **New Technology, Work and Employment,** Vol. 33, Issue, 2, 2018, s. 116.

26 **FELSTİNER**, 2011, s. 148. DULAY YANGIN Dilek, "Endüstri 4.0, Dijitalleşme ve İş Hukukunun Geleceği-Dijital Platformların Ortaya Çıkardığı Hukuki İlişkiler Çerçevesinde Değerlendirilmesi", **İstanbul Hukuk Mecmuası,** C. 78, S. 3., 2020, s. 1220.

İş platformlarının farklı sınıflandırmalara tabi tutulması olanaklıdır. İlk olarak genel işlerin görüldüğü platformlar ile spesifik işlerin görüldüğü platformlar olmak üzere ikiye ayrılarak incelenebilir. Genel nitelikli platformlar, genelde iş aracısı gibi hareket eden platformlardır. Bu tür platformlarda iş ilanlarının yer aldığı ilan tahtası yer alır. Bu ilan tahtası üzerinden çalışanlar kendilerine uygun işlere başvururlar. Başvurulan iş karşılığı ödenecek ücret ya en başında müşteri tarafından belirlenmiştir ya da çalışanlar istenen işi ne kadar ücret karşılığında yapabilecekleri konusunda müşterilere teklifte bulunurlar. Bu tür platformlarda, platform işe daha az müdahalede bulunduğu ve kimi durumda yalnızca iş aracısı gibi hareket ettiğinden, platformun saygınlığı çalışanın gördüğü işin kalitesine daha az bağlıdır. Genel nitelikli platformlara, Amazon Mechanical Turk, TaskRabbit, Microtask, Clickwork örnek verilebilir.

Yalnızca belli hizmetlerin sunulduğu platformlara ise ulaşım sektöründe hizmet sunan Uber, kargo alanında hizmet sunan Scotty, ev işleri alanında hizmet sunan Mutlubiev, grafik tasarım alanında hizmet sunan crowdSPRING örnek verilebilir. Bu tür platformların saygınlığı ise müşteriler üzerinde yarattıkları güvenle doğru orantılıdır. Zira platform, kullanıcılara belli konuda ve belli kalitede hizmet sunmayı taahhüt eder[27]. Bu nedenle, spesifik hizmetler sunan platformların çalışanlar üzerindeki kontrolü genel olarak daha fazla olmaktadır[28].

Yukarıdaki ayrımın yanı sıra iş platformları web tabanlı (çevrimiçi hizmet görülen) platformlar ve konum tabanlı (çevrimdışı hizmet görülen) platformlar olarak iki alt başlık altında değerlendirilebilir[29].

A. Web Tabanlı (Çevrimiçi Hizmet Görülen) Platformlar - Crowdwork

Web tabanlı platformlarda[30], internet üzerinden yapılabilecek bir işin platforma kayıtlı çalışanlar tarafından yerine getirilmesi söz konusudur[31]. Diğer bir ifadeyle, çalışanın kendisinden talep edilen işi yerine getirebilmesi için bir bilgisayara ve internet bağlantısına sahip olması yeterlidir. Bilgisa-

---

27 **SANTOS SİLVA**, 2017.

28 **TODOLÍ-SİGNES,** 2017, s. 9.

29 **TIPPETT**, 2018, s. 294.

30 Web tabanlı platformlar üzerinden görülen iş, kitle çalışmaları veya kalabalık çalışma olarak türkçeye çevirebileceğimiz *"crowdwork"* olarak adlandırılmaktadır.

31 **DAU-SCHMIDT**, 2017, s. 76. **FABRE** et.al., 2017, s.2. **FELSTİNER**, 2011, s. 145.

yar ve internete sahip olan çalışan işi dilediği yerde yerine getirebilir. Bu modelde, henüz bilgisayarların yapamadığı ve insan zekâsına ihtiyaç duyulan çeviri, bir fotoğrafın etiketlenmesi, ürün kategorilerinin birbirine ayrılması, bir metnin anlamı aynı kalacak şekilde değiştirilerek yeniden yazılması, bir ses kaydının transkripsiyonu, yazılım, grafik tasarım gibi işler çalışanlar tarafından yerine getirilir[32].

İş tamamen siber alanda görüldüğünden alıcı, çalışan ve platform dünyanın herhangi bir ülkesinde bulunuyor olabilir. Bu durum sayesinde, platformlar ve bu platformlar üzerinden hizmet alan kişiler ihtiyaç duydukları işi, iş yasaları daha az korumacı olan ülkeler veya iş gücünün daha ucuz olduğu ülkelerde bulunan çalışanlara gördürmeyi tercih edebilirler. Örneğin, alıcılar kendi ülkelerinde çalışan bir kişiye çok daha yüksek ücretlerle gördürebilecekleri bir yazılım ya da çeviri işini gelir düzeyi daha düşük başka bir ülkedeki çalışana çok daha ucuza yaptırabilmektedir. Bu durum, sosyal dampinge ve küresel olarak çalışanların haklarının zayıflatılmasına neden olmaktadır[33].

Bu modelde yer alan platformlar çok çeşitli biçimlerde karşımıza çıkmaktadır. Her bir platformun öngördüğü çalışma modeli diğerinden farklı olduğundan, çevrimiçi işlerin görüldüğü platformlarda yer alan çalışanların hukuki statüsü hakkında ortak bir sonuca varmak zordur[34]. Örneğin, bu modelde görülen iş bir ücret karşılığı olmayıp, tamamen gönüllü bir iş "*charitable veya public interest crowdsoursing*" olabilir (örneğin gönüllülerden oluşan bir e-sözlük olan Wikipedia ve Ekşi Sözlük). Bunun gibi, yalnızca işi en iyi yapan kişiye ücret ödendiği bir yapılanma "*yarışma biçiminde (contest) crowdsoursing"* da söz konusu olabilir. Örneğin, herkese yapılan açık bir çağrı ile karışık bir sorunun (örneğin bir matematik probleminin) çözümü istenir ve yalnızca sorunu ilk çözen kişiye ücret ödenir. Ya da bir şirketin yeni bir ürününün logosunun belirlenmesi için çağrıya çıkılır ve yalnızca en çok beğenilen logoyu tasarlayan kişiye ücret ödenir.

Bununla birlikte, çevrimiçi platform modelinde yer alan platformların genel özellikleri hakkında birkaç tespitte bulunmak mümkündür. İlk olarak, söz konusu modelin en önemli özelliklerinden biri işin çok küçük parçalara

---

[32] **DAU-SCHMIDT**, 2017, s.76. **FABRE** et.al., 2017, s.2. **FELSTİNER**, 2011, s. 148. Amazon Mechanical Turk bu işleri *"Human Intelligence Tasks (HITs)"* olarak adlandırmaktadır.

[33] **TODOLÍ-SİGNES,** 2017, s. 9. **FABRE** et.al., 2017, s. 5.

[34] **CHERRY**, 2016, s. 24. **FABRE** et.al., 2017, s. 3.

ayrılarak basitleştirilmesi suretiyle çok sayıda çalışana gördürülebilmesidir[35]. Örneğin, bir metnin asıl anlamına sadık kalınarak yeniden yazılması işi, o metindeki her cümle farklı bir kişi tarafından yazılacak biçimde parçalanabilir (örn. SpinWrite).

Bu modelde yer alan platformların bir diğer ortak özelliği, ücretin genelde parça başına belirlenmesi, ücretlerin son derece düşük olması ve ücretin belirlenmesinde işin ne kadar sürede yerine getirildiğinin bir önem taşımamasıdır. Bu çalışma modelinde işin nasıl görüldüğünden çok, ifa edilen işin sonucu önem taşır[36]. Çalışanlara bir özen yükümlülüğünden ziyade sonuç yükümlülüğü getirilir.

Bunun gibi söz konusu platformlarda alıcılar, işin görülmesi sırasında çalışanlar üzerinde geleneksel anlamda bir işçide olduğu gibi kontrole sahip değildirler. İş tamamlanıp gönderildikten sonra yapılan işi inceleme imkânı bulurlar. Alıcıların, işin görülmesi sürecindeki kontrolü kaybetmelerinden doğan dezavantaj, platformlar tarafından tanınan işi reddetme hakkıyla dengelenmeye çalışılır[37]. Örneğin, MTurk isimli platform kullanıcılarına beğenmedikleri işi hiçbir gerekçe göstermeksizin reddetme hakkı tanımaktadır. Platform alıcılara bu imkânı onların gözünde güvenilir olabilmek için tanır.

Son olarak, söz konusu platformlarda alıcıların, çalışanların daha önce yaptıkları işleri puanladıkları ve değerlendirdikleri bir bölüm yer alır. Çalışanların, önceki işlerinden aldığı puanlara göre yeni iş alabilme kapasiteleri artar veya azalır[38].

Bunun gibi, çevrimiçi platform modelinde iş genellikle anonim olarak görülür. Çalışan kim için ve ne amaçla iş gördüğünü bilmez, platformun ve kendisine işi veren kişi ya da şirketin bilmesini istediği kadarını bilir. Bu durum öğretide, çalışanların gördükleri işin ahlaki boyutunu sorgulama imkânlarını ellerinden aldığı gerekçesiyle eleştirilmektedir. Örneğin, kim

---

35 **DAU-SCHMIDT**, 2017, s. 76. Belirtmek gerekir ki, işin küçük parçalara ayrılarak işçilere gördürülmesi Taylorizm'in temel ilkelerindendir. **CHERRY**, 2016, s. 20. İşin parçalara ayrılarak gördürülmesine hizmet ettikleri için, crowdworker'ların "*siber taşeronlar*" olarak nitelendirilmesi gerektiği görüşünde bkz. **FABRE** et.al., 2017, s.2. Alt işveren işin görülmesi bakımından serbest iken, platformların platform çalışanları üzerinde az veya çok bir kontrol uyguladığı görüşünde bkz. **FELSTİNER**, 2011, s.149.

36 **DOĞAN YENİSEY,** 2018, s. 14.

37 **FELSTİNER**, 2011, s. 153.

38 **TODOLÍ-SİGNES,** 2017, s. 11-12. Bu kontrol, platformun kullanıcıların gözünde güvenilir olabilmesi için gereklidir. **GARDEN** et al**.**, 2018, s.451.

için ve ne amaçla iş gördüğünü bilmeyen pasifist bir yazılımcı, yasadışı silah üreten bir şirket için kod yazıyor olabilir. Çapraz fotoğraf eşleme işi yapan bir kişi farkında olmadan, otoriter bir devletin toplu bir gösteriye katılan vatandaşlarını fişlenmesine yardım ediyor, bir konuda twitter üzerinden yapılan yorumları gruplandıran bir kimse, hükümet aleyhine paylaşım yapanların tespiti için çalışıyor olabilir[39].

Crowdwork hem endüstriyel dönem hem de dijital dönemde ortaya çıkan istihdam modellerinden farklıdır. Zira endüstriyel dönem iş modeli istikrar ve asgari gelir güvencesi üzerine kurulu iken, çevrimiçi crowdwork platformlarının ortak özelliği hızlı iş geçişlerini mümkün ve hatta zorunlu kılması, çalışanlara genellikle niteliksiz işler gördürülmesi ve parça başına ödenen ücretlerin düşük olmasıdır[40]. Bunun gibi, dijital dönemde proje tabanlı işler yoğunluk kazanmışken, çevrimiçi crowdwork bunu bir adım daha ileri götürmüş ve birkaç saatlik hatta dakikalık mikro-işlerin artmasına yol açmıştır[41].

Crowdwork platformlarının çalışma biçimlerini daha yakından inceleyebilmek için, bugün en büyük platformlardan biri olan Amazon Mechanial Turk (MTurk) örneği ele alınabilir. MTurk 2005 yılında kurulan ve bugün tüm dünyada yarım milyondan fazla kişinin iş gördüğü bir platformdur[42]. Çalışanların platforma kaydolabilmeleri için işçi olmadıklarını ve mikro-girişimci olduklarını beyan eden bir sözleşmeyi onaylamaları gerekmektedir. Platform, katılımcı taahhütnamesinde tarafların iş anlaşmalarını platform üzerinden yapmalarını zorunlu tutmakta ve kendi payını garanti altına almaktadır[43]. Buna göre görülen her bir iş için %10 hizmet bedeli alınmaktadır[44]. Ücretler, genel olarak çok düşüktür. Örneğin, Amerika'da asgari ücret 7,25 dolar iken, MTurk üzerinden çalışan bir kişi saatte ortalama 1,25 dolar kazanmaktadır[45]. Ücretin ödenme süresi iş teslim edildikten sonra 30 gündür. Üstelik Hindistan ve ABD dışında ikamet eden çalışanlara yalnızca amazon

---

39 **FELSTİNER**, 2011, s. 157.

40 **CHERRY**, 2016, s. 24.

41 **CHERRY**, 2016, s. 23-24.

42 **TODOLÍ-SİGNES,** 2017, s. 13. **CHERRY**, 2016, s. 24.

43 Bununla birlikte, platform üzerinden anlaşma zorunluluğunun hali hazırda sisteme yüklenmiş işler bakımından mı geçerli olduğu yoksa taraflar arasında gelecekte kurulacak işleri de mi kapsadığı açık değildir. **FELSTİNER**, 2011, s. 182.

44 **FELSTİNER**, 2011, s. 161.

45 **FELSTİNER**, 2011, s. 167.

hediye kartı ile ödeme yapılmakta, ücret ödenmemektedir. Öte yandan platform üzerinden hizmet talep eden taraf, yapılan işin sonucundan memnun kalmaması halinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin işi reddetme ve ücret ödememe hakkına sahiptir[46]. Üstelik bu durumda kendisine sunulan işi çalışana iade etmekle de yükümlü değildir[47]. Buna karşılık çalışan, işi şahsen ifa etmek ve otomasyon kullanmamakla yükümlü tutulmaktadır[48]. Görüldüğü gibi sistem tamamen platform ve iş veren kişiler lehine çalışmakta, çalışana yaptığı iş karşılığı ücret ödenmesi dahi garanti edilmemektedir.

B. Konum Tabanlı (Çevrimdışı) Platformlar

Konum tabanlı platformlarda ise hizmetin görülebilmesi lokal ve fiziksel bir performansı gerektirir[49]. Diğer bir ifadeyle, talep edilen hizmetin görülebilmesi için çalışanın doğru zamanda doğru yerde bulunması şarttır[50]. Çevrimdışı platform modelinde görülen işlere, temizlik, çocuk bakımı, bahçıvanlık gibi ev hizmetleri, kuryelik veya ulaşım hizmetleri örnek verilebilir[51]. Bu modeldeki platformlar arasında Uber, Lyft, Cabify, Deliveroo, Scotty, BanabiKurye, Mutlubiev, Getir, Banabi ve Glovo vb. şirketler yer almaktadır.

Bu modelde iş belli bir yerde ifa edilebileceğinden, sosyal damping daha azdır. Zira, söz konusu işi yapmaya aday olan kişiler aynı ülkede, hatta şehirde yaşadığından, geçim şartları benzerdir ve tabi oldukları hukuk aynıdır[52]. Bu itibarla söz konusu çalışanlara iş yasalarının uygulanabilmesi web tabanlı platformlarda iş görenlere oranla daha kolaydır.

Bunun gibi bu çalışma modelinde, platformunun saygınlığı sunulan hizmetin kalitesine bağlıdır. Zira, platformun kullanıcı sayısı sunduğu hizmetin kalitesine göre artar veya azalır. Bu nedenle platformun çalışanlar üzerindeki kontrolü daha fazladır. Platform, çalışanlara tanışma paketi adı

---

46 **DAU-SCHMIDT**, 2017, s. 76. **DULAY YANGIN,** 2020, s. 1220-1221.

47 Bu tür uygulamalara karşı platformların uyuşmazlık çözüm sistemi kurmaları zorunlu tutularak, işi reddeden müşterilere gerekçe gösterme yükümlülüğü veya çalışanlara reddedilen işi belli bir sürede eksiklikleri gidererek yeniden ifa etme hakkı getirebilir. **OECD**, 2019, s. 150.

48 **FELSTİNER**, 2011, s. 182.

49 Çevrimdışı crowdwork için, uygulamalar üzerinden talebe dayalı çalışma "*work on demand via apps*" ifadesi de kullanılmaktadır. **SANTOS SILVA,** 2017, s. 2. **DAU-SCHMIDT**, 2017, s. 74.

50 **TODOLÍ-SİGNES,** 2017, s. 15.

51 **FABRE** et.al., 2017, s.2.

52 **TODOLÍ-SİGNES,** 2017, s. 15.

altında verdiği talimatlarla işin kalitesini ve kendi karlılığını korumaya çalışır. Bu sebeple platform işin görülme sürecinde de belli derecede gözetim ve kontrol uygular[53].

II. PLATFORM ÇALIŞMALARININ AVANTAJLARI

Günümüz mobil teknolojilerinin gelişmesiyle birlikte geleneksel olmayan istihdam modellerine rağbetin arttığı yadsınamaz bir gerçektir. Zira dijitalleşmeyle birlikte ortaya çıkan platform ekonomisi, alıcılar ile platform çalışanlarını kolayca bir araya getirerek, ihtiyaca uygun işgücüne daha az maliyetle erişim imkânı sağlar[54]. Diğer yandan, geleneksel istihdam içerisinde, tam zamanlı ve maaşlı bir iş bulamayanlar, çalışma hayatına yeni başlayanlar veyahut da ek gelir kaynağı sağlamak amacıyla ikincil bir iş isteyenler için dijital çalışma modelleri giderek daha cazip hale gelmektedir[55].

Geleneksel istihdama kıyasla dijital işgücü piyasasında çalışan olabilmek için daha az engel bulunduğu, isteyen herkesin platform çalışanı olabileceği, marjinal grupların dahi potansiyel olarak iş bulabileceği görülmektedir. Bunun için tek koşul, çalışanların hizmet şartlarını kabul etmeleri, hızlı ve devamlı bir internet bağlantısına sahip olmalarıdır[56]. Bu bakımdan, platformların en avantajlı özelliği kolay erişilebilir ve herkese açık bir yapıya sahip olmalarıdır. Platformların herkese açık yapıları ve kolay erişilebilir olmaları sayesinde toplumda yaşlılar, göçmenler, kadınlar, öğrenciler, geçmiş iş tecrübesi olmayan gençler gibi dezavantajlı grupların çalışma hayatına girmesi kolaylaşmaktadır[57]. Bireylerin bu ve benzeri motivasyonlar ile

---

53 **VAN DEN BERGH**, 2018, s. 5..

54 BURKARD Lisa / CRAVEN Kelley, "The Gig Economy is Here: Is HR Ready, and How Will it Impact Employee Benefits?", **Benefits Quarterly**, Vol. 35, Issue 4, 2019, s. 55.

55 ERDOĞAN Ekrem / ÇİĞDEM Serpil, "Gig Ekonomisi ve Freelance İşgücünün Yükselişi: Freelancer.com Üzerinden Bir Değerlendirme.", **Sakarya Üniversitesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Seçme Yazılar-II**, 2018, s. 230.; CHURCHILL Brendan / CRAIG Lyn, "Gender in the Gig Economy: Men and Women Using Digital Platforms to Secure Work in Australia", **Journal of Sociology**, Vol. 55, Issue 4, 2019, s. 745.

56 SCHMİDT Florian Alexander, "Digital Labour Markets in the Platform Economy, Mapping the Political Challenges of Crowd Work and Gig Work", 2017, s. 13. https://www.researchgate.net/publication/314719905_Digital_Labour_Markets_in_the_Platform_Economy_Mapping_the_Political_Challenges_of_Crowd_Workand_Gig_Work, (Erişim Tarihi: 20.12.2020).; HOGAN Hilary, "Rewinding the Clock: Workers' Rights in the Gig Economy", **King's Inns Law Review**, Vol. 9, 2020, s. 118.; **BURKARD / CRAVEN**, 2019, s. 55.

57 Örneğin, Uber sürücülerinin dörtte birinin 50 yaşın üstünde olduğu tahmin edilmektedir. **SANTOS SILVA**, 2017, s. 10.

yöneldiği dijital emek piyasası, bir madalyonun iki yüzü gibidir. Bir yönüyle çalışanlara esneklik, özerklik, girişimcilik gibi faydalar sağlarken, diğer yönüyle çalışanların iş güvencesi ve gelir düzeyinin korunması hususunda belirsizlikleri ve zorlukları beraberinde getirir.

Tablo 1: Yeni çalışma biçimlerinin ve diğer standart dışı işlerin fırsatları ve zorlukları

Fırsatlar	Zorluklar
İşgücü Piyasaları	
İş ve gelir fırsatlarına esnek erişim	Standart olmayan işler, küçük işler, mikro görevler
Marjinal grupların işgücüne dahil edilme imkânı	Potansiyel 'dibe doğru yarış' (*potential race to bottom*) ve ücret cezası
İşe girerken ve işten çıkarken daha az engel	Çalışanlara işveren tarafından daha az eğitim verilmesi
Çalışma Koşulları	
Esnek çalışma süresi (ve dijital hizmetler için alan)	İş güvensizliği, daha yüksek işsizlik riski
Özerk çalışma organizasyonu	Daha az veya daha pahalı sosyal koruma ve yardımlar
Potansiyel üretkenlik kazanımları	Kendi kendini yönetmenin ve sosyal izolasyonun potansiyel stresi

Kaynak: *OECD Digital Economy Papers No. 260, (2016)*

Giderek daha fazla katılımcıyı motive eden platform çalışmalarının temel faydaları arasında şunlar yer almaktadır;

1. Esneklik ve İş Kontrolü: Bağımsız çalışmanın sağladığı özgürlüğe ve esnekliğe değer veren birçok kişi, serbest çalışan olmayı tercih etmektedir. Platform çalışanları açısından, dijital işgücü piyasalarının tercih edilmesindeki en büyük etken esnekliktir. Bağımsız çalışanlara dijital platform desteği sağlayan MBO Partners tarafından 2017 yılında yapılan bir ankette, bağımsız olmak için nedenler listesinde *"kendi kendimin patronu olmak"* ve *"esneklik"* üst sıralarda yer almıştır[58].

Esneklik, işin meydana getirileceği zaman, çalışılacak saat, çalışma yöntemi gibi hususları belirleme noktasında platform çalışanının özerk olması

[58] POON Teresa Shuk-Ching**,** "Independent Workers: Growth Trends, Categories, and Employee Relations Implications in the Emerging Gig Economy", **Employee Responsibilities & Rights Journal**, Vol. 31, Issue 1, 2019, s. 64.

ile ilgilidir[59]. Platform çalışanları dijital işgücü piyasasında yapacakları iş türleri, ne kadar iş yapacakları ve nerede yapacakları hususunda bir ölçüde kontrole sahiptir. Becerilerine, deneyimlerine, ilgi alanlarına ve değerlerine göre yapacakları işi ve birlikte çalışacakları ortakları özgürce seçerek işlerini ve ilgili maliyetleri kontrol edebilirler[60]. Bu anlamda esneklik çok boyutludur. Platform çalışması, bireylerin evden çevrimiçi iş yapmalarına imkân vererek *"mekânsal olarak esneklik"* sağlarken, ev ve bakım sorumlulukları olan çalışanların hem işle ilgili hem de iş dışı sorumlulukları yerine getirmelerine imkân verdiği için *"zamansal olarak esneklik"* söz konusu olabilmektedir[61]. Çalışanların yalnızca birkaç hafta yıllık izin alabildiği ve şirket kültüründe işe bağlılık göstermek için ofiste saatler geçirmeyi gerektirdiği çalışma biçimleri, üretkenliği düşürme potansiyeli olan kronik stres yaratabilir[62]. Mekânsal esneklik, bilgi işlem ve teknoloji alanındaki büyümeyle, bireylerin evden veya bulundukları herhangi bir yerden çevrimiçi iş yapabilmelerine, dünyanın farklı yerlerinde bulunsalar dahi uzaktan iş birliği yapabilmelerine ve birlikte çalışabilmelerine imkân vererek verimliliği artırabilir[63]. Diğer yandan, platformda üstlenilen iş dışında başka sorumlulukları da olan bireyler, zamansal esneklik sayesinde dijital piyasada çalışma imkânı bulmaktadır. Öğrenciler, küçük çocuklu ebeveynler, hatta profesyonel çalışma hayatına geçiş yapanlar dahi bu gruba örnek gösterilebilir[64].

Sağlıklı bir iş-yaşam dengesi ortamının mevcudiyetine, esnek çalışma saatlerine, tatile ve kişisel zamana önem veren bireylerin, konum ve zaman bakımından nispeten esnek gerçekleştirilen platform çalışmasına yönelme eğiliminde olduğu görülmektedir[65]. Zira sabit çalışma saatleri olmadığından çalışanlar, istedikleri zaman mobil uygulamalar ve dijital platformlar üzerinden hizmet sunabilir, platform çalışması dışında varsa ikinci işi ile ilgilene-

---

59 **BURKARD / CRAVEN**, 2019, s. 55.

60 UNGUREANU Alexandra, "Industry 4.0. The Role of Gig Economy in the Industrial Revolution of the 21st Century" **The USV Annals of Economics & Public Administration,** Vol. 19, Issue 2, 2019, s. 83.

61 **CHURCHILL / CRAIG**, 2019, s. 746.

62 **UNGUREANU**, 2019, s. 83.

63 **POON**, 2019, s. 65.

64 **UNGUREANU**, 2019, s. 82.

65 HEEKS Richard, "Decent Work and the Digital Gig Economy: A Developing Country Perspective on Employment Impacts and Standards in Online Outsourcing, Crowdwork, etc" 2017, s. 10. http://hummedia.manchester.ac.uk/institutes/gdi/publications/workingpapers/di/di_wp71.pdf, (Erişim Tarihi: 20.12.2020).; **POON**, 2019, s. 64.

bilir, aile ve çevresine daha fazla vakit ayırabilir, eğitim veya eğlence için zaman bulabilirler[66]. Özellikle gelişmiş ülkelerde, resmi bir işe bağlılığın ötesinde kişisel ihtiyaçlara değer veren Y kuşağı nüfusunun işgücüne katılmaya başlaması, platform çalışmasının büyümesinde ve gelişmesinde önemli etkiye sahiptir[67].

2. Girişimcilik ve Kariyer Gelişimi: Çevrimiçi işgücü, genellikle çalışanların pratik yaparak mevcut becerilerini revize etmelerine, gizli becerilerini keşfederek bunları kullanmalarına ve uzmanlık alanlarını geliştirmelerine olanak tanımaktadır. Çevrimiçi işgücünde edindikleri bilgi, beceri ve deneyimlerden yararlanarak çalışanların bir iletişim ağı oluşturmalarını da sağlayabilir. Bu sayede çalışanlar, platform üzerinden oluşturduları müşteri portföyünü platform dışına çekerek, bu kişilerle doğrudan ilişki kurabilirler[68]. Dijital işgücü piyasası, çalışanlara bilgi ve yeteneği kullanma, otomatik olarak kendi kendilerini güçlendirme fırsatı sunmakta ve ileriye dönük kariyer planı yapan çalışanlara özerklik sağlamaktadır[69]. Bu çerçevede platform tabanlı çalışma ilişkisi, kariyer ilerlemesi için bir sıçrama noktası olarak görülebilir.

Diğer yandan, platform ekonomisinin girişimciliği ve sınırsız yeniliği teşvik ettiği, bireylerin kendi işlerini kurmakla birlikte, ikincil işlerde çalışmalarını dengelemelerine imkân verdiği ileri sürülmektedir[70]. Platform ekonomisi, çalışanlara zamanlarını ve becerilerini kazanca dönüştürme fırsatları sunduğundan, bazı profesyonel hizmetlerin özgürleştirilmesine ve yeni işler yaratılmasına katkıda bulunabilir[71].

Geleneksel işlerde bireyler kendilerini yetkisiz hissedebilir ve bu durum mesleki tatmini etkileyebilir. Finansal sonuçlar doğrudan performansla ilişkili olduğundan, platform ekonomisinde çalışanlar yüksek kaliteli iş sağlama konusunda daha motive olabilirler[72].

---

66 DE STEFANO Valerio, "The Rise of the Just-in-Time Workforce: On-Demand Work, Crowdwork, and Labor Protection in the Gig-Economy", 2015, s. 6. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_443267.pdf, (Erişim Tarihi: 20.12.2020).

67 **POON**, 2019, s. 68.

68 **HEEKS**, 2017, s. 10.

69 **UNGUREANU**, 2019, s. 83.; **HOGAN**, 2020, s. 118.

70 **HOGAN**, 2020, s. 118.; **CHURCHILL / CRAIG**, 2019, s. 745.

71 GONZÁLEZ Santiago Melián, "What do Consumers Appreciate About On-Demand Economy Workers?", **Psychosociological Issues in Human Resource Management**, Vol. 6, Issue 2, 2018, s. 33.

72 **UNGUREANU**, 2019, s. 83.

3. Küresel Düzeyde Yeteneklere Erişim İmkânı: Platform ekonomisi, benzeri görülmemiş satın alınabilirlik ve şeffaflık ile küresel düzeyde yetenek, hizmet ve uzmanlıktan yararlanma yolları sunar[73]. İşletmeler açısından çevrimiçi işgücünün avantajı, yüksek uzmanlık becerilerine sahip bağımsız çalışanlara kolay ve hızlı bir şekilde erişim imkânı sağlamasıdır. Bu sayede kuruluşlar, daha az maliyet ile bünyelerinde çalışacakların yeteneklerini işe alım sürecindeki coğrafi ve idari engelleri ortadan kaldırarak isteğe bağlı tedarik edebilirler[74]. Bu husus, kitle çalışma platformu olan CrowdFlower şirketinin CEO'sunun sözleri ile daha iyi anlaşılabilir: *"İnternetten önce, birini bulmak, on dakika boyunca oturup sizin için çalışmasını sağlamak ve bu on dakikadan sonra onları kovmak gerçekten zor olurdu. Ama teknolojiyle, onları bulabilir, onlara küçük miktarda para ödeyebilir ve artık onlara ihtiyacınız olmadığında onlardan kurtulabilirsiniz."*[75].

Daha düşük maliyet, işletmeler tarafından çevrimiçi iş gücünü kullanmanın başlıca nedenidir, çünkü çevrimiçi dış kaynak kullanımı, işverenlere işçilerini işe alıştırma, eğitim/geliştirme ve diğer faydaları sağlamaktan kaçınma olanağı tanır. Dolayısıyla maliyet avantajı sağlamak isteyen işletmeler için platform çalışanları, proje bazlı veya geçici pozisyonlar için uygun bir seçim olmaktadır[76].

4. İstihdam Olanakları: Geleneksel istihdam piyasaları, bazı çalışan gruplarına karşı ayrımcılık yapabilir veya onları dışlayabilir. Kendi ülkesi dışında çalışanlar, ev ve bakım sorumlulukları olanlar, engelli veya sağlık sorunları olanlar bu gruba örnek gösterilebilir[77]. Engelli veya sağlık sorunları olanlar ile aile üyelerinden birine bakmak zorunda oldukları için tam zamanlı bir işte çalışamayanlar, dijital platformlar aracılığıyla her yerden çevrimiçi olarak çalışabilme imkânı bulmaktadır[78]. Dijital platformlarda, bu çalışanların geleneksel istihdamda karşılaştıkları engellerin bulunmadığı ve üretken işlere girebildiklerini gösteren örnekler mevcuttur. Bu durum özellikle kadınlara ilişkin olarak rapor edilmiştir: Bu yöndeki bir araştırmada, gelişmekte olan ülkelerde dijital platformlar üzerinden gerçekleştirilen çalışmalara

---

[73] EUROFOUND, "Gig Economy", https://www.eurofound.europa.eu/observatories/eurwork/industrial-relations-dictionary/gig-economy, (Erişim Tarihi 10.12.2020).

[74] **ERDOĞAN / ÇİĞDEM**, 2018, s. 242.

[75] **DE STEFANO**, 2015, s. 4.

[76] **BURKARD / CRAVEN**, 2019, s. 55.

[77] **DE STEFANO**, 2015, s. 5.; **HEEKS**, 2017, s. 9.

[78] **SCHMIDT**, 2017, s. 13.

katılan kadınların katılım oranlarının, genel olarak tarım dışındaki işlere kıyasla yüksek olduğu tespit edilmiştir[79].

Bu çerçevede platform ekonomisi, fiziksel çalışmadaki ayrımcılığın temeli olan engellilik, aksan, giyim tarzı, yaş ve daha fazlası hakkında birçok göstergeyi ortadan kaldırarak, isteyen herkese çalışma imkânı sağlar.[80] Diğer yandan, gelişmekte olan ülkelerde çevrimiçi platformlar, kırsal alanlar gibi fazla iş alternatifinin bulunmadığı bölgelerdeki çalışanlara iş fırsatları sunmak için de yararlı olabilmektedir[81].

5. Maliyet Avantajı: Bazı dijital platformlar, çalışma ortamı için ofis alanı ve ekipman gibi maliyetlerden kaçınma imkânı sağlar[82]. Platform ekonomisinde, genellikle evden veya herhangi bir yerden çevrimiçi çalışma yapıldığı için işe gidiş-geliş masrafı söz konusu olmamaktadır. Dolayısıyla, platform çalışanları zamandan ve seyahat maliyetinden tasarruf edebilirler. Ayrıca bu sayede karbon emisyonlarında çevresel bir tasarruf da sağlanabilir[83].

6. Önyargı ve Ayrımcılığa Karşı Koruma: Özellikle web tabanlı dijital platformlar üzerinden gerçekleştirilen çalışmalarda karşımıza çıkan evin aynı zamanda işyeri olması, bazı işletmelerde, özellikle açık ve işbirlikçi bir kültürden ziyade, dikey hiyerarşiye ve tek yönlü iletişime sahip büyük şirketlerde görülen toksik ortama karşı koruma sağlar. Geleneksel işlerde karşılaşılan bu toksik ortamda yükselme veya terfi, iltimas/kayırmacılıktan ve her türlü önyargıdan etkilenebilir. Platform ekonomisinde ise, önyargı ve kayırmacılığa karşı nispeten daha korunaklı bir ortam temin edilebilmektedir[84]. Bunun dışında platform çalışmaları üzerinden kazanılan ücret, yapılan işe göre (örneğin taşımacılıkta gidilen mesafenin uzunluğu, çeviri işinde çevirisi yapılan kelime sayısı gibi) objektif olarak belirlendiğinden ücrette yaşa, cinsiyete, ırka dayalı ayrımcılığa rastlanmamaktadır[85].

---

79 **HEEKS**, 2017, s. 9.

80 **HEEKS**, 2017, s. 9.; **DE STEFANO**, 2015, s. 11.

81 **DE STEFANO**, 2015, s. 10.

82 **BURKARD/CRAVEN**, 2019, s. 55.

83 **HEEKS**, 2017, s. 10.

84 **UNGUREANU**, 2019, s. 83.

85 **SANTOS SILVA**, 2017, s. 10.

III. PLATFORM ÇALIŞMALARININ DEZAVANTAJLARI

Platform çalışmalarının olumsuz etkileri, güvencesiz koşullar ve belirsizlik etrafında dönmektedir[86]. Öğretide platformların, güvencesiz çalışmayı ve prekaryalaşmayı arttırdığı, birtakım işçilik masraflarının (sağlık sigortası, sosyal güvenlik primi, iş sağlığı ve güvenliği hizmetleri vb.) işverenin omuzlarından alınarak çalışanların sırtına yüklenmesine neden olduğu haklı olarak ifade edilmektedir[87]. Zira platformda çalışabilmek için kullanıcıların platform tarafından tek taraflı olarak hazırlanan zorunlu katılım anlaşmalarını onaylamaları zorunlu tutulmakta ve söz konusu anlaşmalara çalışanın "*serbest çalışan*" (independant contractor) olduğuna veya iş ilişkisinden doğan bütün haklardan feragat ettiğine dair kayıtlar konulmaktadır. Platform çalışanlarının "*bağımsız yüklenici*" olarak yanlış sınıflandırılıp sınıflandırılmadığı meselesi, iş ve sosyal güvenlik hukukunun yerleşik standartlarının uygulanmasını zorlaştırmaktadır. Platformlar üzerinden yürütülen işlerin geçici nitelikte olması bu kişilerin kıdeme bağlı haklardan (iş güvencesi vb.) mahrum kalmasına, hatta işçi olarak dahi kabul edilmemelerine neden olmaktadır. Zira geleneksel ölçütlerden hareket edildiğinde, çalışma yer ve zamanlarını kendileri belirleyebilmeleri, işgücünü tek bir işverene hasretmemeleri, işin görülmesi için gerekli araç ve gereçleri kendilerinin sağlamaları gibi nedenlerle platform çalışanlarının işçi olarak kabul edilmeleri güçleşmektedir.

Platform çalışmalarının faydaları yanında başlıca çekinceleri şunlardır;

1. Güvencesizlik: Geleneksel işlerde çalışanlara sağlanan asgari ücret, ücretli izin, fazla mesai ücreti, sağlık sigortası, emeklilik, maluliyet veya işsizlik maaşı gibi faydaların platform çalışanlarına uygulanması mümkün görünmemektedir[88]. Burada platform ekonomisi ile ilgili en büyük zorluk, dijital platform şirketlerinin çalışanları serbest meslek sahipleri veya bağımsız yükleniciler olarak sınıflandırma eğilimidir[89]. Platform çalışanlarının, "*işçi*" yerine "*bağımsız yüklenici*" olarak sınıflandırılması, işletmelerin sözü

---

86 **GONZALEZ**, 2018, s. 33.

87 **TODOLÍ-SİGNES**, 2017, s. 10. **VAN DEN BERGH,** 2018, s. 1; **FELSTINER**, 2011, s. 145, 148.

88 ASCHOFF Nicole, "App Workers in the Gig Economy: Precarious Labor During the COVID-19 Pandemic", **Dollars & Sense**, Issue 348, 2020, s. 10; **UNGUREANU**, 2019, s. 83.; **BURKARD/CRAVEN**, 2019, s. 56.; **HEEKS**, 2017, s. 15.

89 **BURKARD/CRAVEN**, 2019, s. 56.; **POON**, 2019, s. 67.

edilen sorumluluklardan kaçınabileceği anlamına gelir[90]. Bundan dolayı dijital işgücü piyasalarında çalışanların iş mevzuatındaki haklardan yararlanmaları güçtür[91].

Bazı durumlarda internet aracılığıyla çalışanlar arasındaki rekabet küresel bir boyuta ulaşabilir ve bu durum ücretleri aşağı çekebilir[92]. Söz konusu rekabet ortamının oluşması sebebiyle platform çalışanları düşük ücretlere karşı savunmasız olabilmektedir[93].

Geleneksel işlerde, çalışanların işe alışma süreci ve gelişimi için işverenin eğitim verme yükümlülüğü, platform ekonomisinde söz konusu olmamaktadır. Bu anlamda dijital çalışma modelleri işverenlerin, çalışanlara eğitim verme yükümlülüğünden kaçınmalarına olanak vermektedir[94]. Bu çerçevede işveren destekli eğitimlerin olmaması bir yandan platform çalışanlarının eğitim ve kariyer gelişimini olumsuz etkilerken, diğer yandan eğitim maliyetlerinin çalışanlar tarafından karşılanmasını gerektirmektedir[95].

Dijital işgücü piyasalarında işin yürütümü için gerekli araç ve gereçlerin tedariki çalışanların sorumluluğundadır. Örneğin talep üzerine çalışmayı gerçekleştirmek için bir aracın satın alınması veya bakımı gerekli ise, buna ilişkin maliyetler platform çalışanları tarafından karşılanmaktadır[96]. Araç ve gerekçeleri sağlamanın ekonomik yükü çalışanların üzerinde olduğundan, platform ekonomisinde maliyetlerin çalışanlara itildiği ileri sürülmektedir[97].

Platform ekonomisinde faaliyet gösteren şirketlerin gerçekte ne ölçüde 'yeni' bir çalışma biçimi başlattığı sorgulanmalıdır[98]. Platform işlerinin güvencesiz çalışma modellerinin en yeni biçimi olduğu, risk ve sorumlulukla-

---

90 **HOGAN**, 2020, s. 117.

91 EUROFOUND, "Gig Economy", https://www.eurofound.europa.eu/observatories/eurwork/industrial-relations-dictionary/gig-economy, (Erişim Tarihi 10.12.2020).

92 **DE STEFANO**, 2015, s. 6.

93 BAJWA Uttam / DI RUGGIERO Erika / GASTALDO Denise, vd., "The Health of Workers in the Global Gig Economy", **Globalization & Health,** Vol. 14, Issue 1, 2018, s. 2.

94 **BURKARD/CRAVEN**, 2019, s. 55.

95 BAJWA Uttam / Dİ RUGGİERO Erika / ZENDEL Adam, vd., "Towards an understanding of workers' experiences in the global gig economy", 2018, s. 19, https://www.glomhi.org/uploads/7/4/4/8/74483301/workers_in_the_global_gig_economy.pdf, (Erişim Tarihi: 20.11.2020).; **BAJWA ve diğ**., 2018, s. 2.

96 **POON**, 2019, s. 67.

97 **ASCHOFF**, 2020, s. 10.; **DE STEFANO**, 2015, s. 6.

98 **HOGAN**, 2020, s. 119.

rın işçilere kaydırılmaya çalışıldığı ileri sürülmektedir[99]. İşverenlerin, modern iş hukuku ve sosyal güvenlik düzenlemelerini dolanarak, işçilerin hak ve yetkiye sahip olmadığı veyahut da sınırlı hakları olduğu, serbest pazar faaliyetlerinin engellenmediği XIX ve XX. yüzyıl dünyasını yeniden yaratmaya çalıştığı iddia edilmektedir[100].

2. İş Sağlığı ve Güvenliği Riskleri: Platform çalışmaları, önceden var olan fiziksel ve psiko-sosyal riskler yanında yeni iş sağlığı ve güvenliği risklerine yol açabilir. Platform çalışanlarının, geçici işçiler ve taşeron işçileri ile olan benzerliği, kuvvetle muhtemel aynı iş sağlığı ve güvenliği risklerine maruz kaldıkları anlamına gelmektedir. Araştırmalar, güvencesiz çalışma olarak nitelendirilebilecek bu tür çalışma modellerinde faaliyet gösteren çalışanların yaralanma oranlarının daha yüksek olduğunu göstermektedir. Ayrıca, daha fazla işçiye sahip işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliği için önleyici tedbirler daha kapsamlı ve daha etkili olma eğilimindedir; genellikle yalnız çalışan işçilerin veya ev işçilerinin iş sağlığı ve güvenliği risklerine daha fazla maruz kaldıkları kabul edilmektedir[101].

Tüm dünyayı derinden etkileyen coronavirüs salgını, platform çalışanları için yalnızca en yeni tehlikedir, iş sağlık ve güvenliği riskleri platform ekonomisinde her zaman işin bir parçası olmuştur[102]. Örneğin, Uber sürücüleri ve bisiklet kuryeleri bakımından trafik kazası riski veya sürekli yazı yazmak gibi tekrarlayan görevlerle uğraşan çalışanlar bakımından kas-iskelet sistemi problemleri gibi mesleki sağlık riskleri söz konusu olabilir. Buna ek olarak temizlik veya diğer bakım hizmetlerinin sağlanması için yabancı evlere girme riski de örnek verilebilir[103]. Bu örnekler, benzer işlerde çalışan diğer işçiler ile paylaşılan risklerdir.

---

99 **ASCHOFF**, 2020, s. 10.; **DE STEFANO**, 2015, s. 5.

100 **HOGAN**, 2020, s. 121.

101 GARBEN Sacha, "Protecting Workers in the Online Platform Economy: An Overview of Regulatory and Policy Developments in the Eu." Luxembourg: European Agency for Safety and Health at Work, 2017, s. 3. https://osha.europa.eu/en/publications/protecting-workers-online-platform-economy-overview-regulatory-and-policy-developments, (Erişim Tarihi: 20.12.2020).

102 KATTA Srujana / BADGER Adam / GRAHAM Mark / vd., "(Dis) Embeddedness and (De) Commodification: Covıd-19, Uber, and the Unravelling Logics of the Gig Economy", **Dialogues in Human Geography**, Vol. 10 Issue 2, 2020, s. 206.

103 **GARBEN**, 2017, s. 4.; **BAJWA ve diğ.**, 2018, s. 2.; **ZENDEL ve diğ.**, 2018, s. 19.

Platform çalışmalarının doğası gereği kendine özgü mesleki riskleri de bulunmaktadır. Özellikle platform çalışmalarının çoğu zaman özel otomobillerde veya evlerde yapılması, kamuya açık bir işyerinde çalışmanın sağladığı koruyucu etkinin kaybedilmesine neden olmaktadır[104]. Dijital platform çalışmaları, elektromanyetik alanlara sürekli olarak maruz kalma, görsel yorgunluk ve duruş bozuklukları gibi risklerle karşı karşıyadır. Zira, işin evde bağımsız olarak yapılması, çalışanların kendi ekipmanlarını kullanması, bu ekipmanların ergonomik kriterleri karşılamadığı, oturma ve çalışma yüzeylerinin ve diğer çevresel faktörlerin (aydınlatma, sıcaklık, nem, hava kalitesi vb.) çalışma için optimize edilmediği bir çalışma ortamı oluşmaktadır[105].

Psikososyal riskler arasında ise sosyal izolasyon, tekno-stres, teknoloji bağımlılığı, aşırı bilgi yüklenmesi, tükenmişlik ve siber zorbalık yer almaktadır. Platform çalışmalarında, performansın sürekli olarak müşteriler tarafında değerlendirilmesi ve derecelendirilmesi, çalışanlar arasında rekabetçi ortamın oluşması, belirsiz ödeme ve iş-yaşam sınırlarının bulanıklaşması stres riskini artırabilmektedir[106]. Buna ek olarak rekabet ve derecelendirme mekanizmalarının kullanımı, çalışanları kazalara neden olabilecek şekilde kesintisiz ve hızlı bir çalışma temposuna teşvik eder. Ücret ödemelerinin sürekli olmaması, yalnızca parça başına ödeme yapılması da çalışanlar üzerinde daha fazla iş alabilmek için zaman baskısı yaratabilir. Bu yoğun çalışma temposu yanında platform çalışanlarına uygun eğitimlerin verilmemesi kaza riskini artırmaktadır[107].

Platform çalışmalarında müşterilerin hizmet aldığı çalışanı değerlendirme ve belli bir puan aralığında derecelendirmesini sağlayan mekanizmalar mevcuttur. Bu değerlendirme ve derecelendirmelerin belli sınırın altında kalarak düşük olması durumunda, çalışanlar platform şirketleri tarafından platformdan çıkartılabilmektedir[108]. Bu çerçevede çalışanların performansının sürekli olarak değerlendirilmesi ve derecelendirilmesi, çalışanların her zaman dost canlısı, verimli ve hizmet vermeye hazır olmasını gerektireceğinden önemli bir stres kaynağı

---

104 **GARBEN**, 2017, s. 25.

105 **GARBEN**, 2017, s. 26.

106 **GARBEN**, 2017 s. 4., s. 26.

107 **GARBEN**, 2017, s. 25.

108 **BAJWA ve diğ**., 2018, s. 3.; KATTA Srujana / BADGER Adam / GRAHAM Mark / vd., "(Dis) Embeddedness and (De) Commodification: Covıd-19, Uber, and the Unravelling Logics of the Gig Economy", **Dialogues in Human Geography**, Vol. 10 Issue 2, 2020, s. 21.

haline gelebilmektedir[109]. Mobil uygulamalar ile çalışmaya devam edebilmek veya kitle kaynaklı platformlarda daha iyi ödeme yapan işlerle eşleşebilmek geçmiş derecelendirme oranlarına ve incelemelerine bağlı olduğundan, bu durum çalışanların çalışma faaliyetleri üzerinde ciddi etkilere sahip olabilir. Özellikle müşteriler ile yüz yüze gelinerek gerçekleştirilen faaliyetler, önemli ölçüde "duygusal emek" sarf etmeyi gerektirmektedir. Çalışmasının derecesini etkileyeceğinden çalışanlar müşterilere nezaket göstermek, güler yüzlü olmak, müşterilerin uygunsuz davranışlarına tolerans göstermek, sürekli müşterileri memnun etmek için çaba göstermek zorundadır[110]. Derecelendirmedeki bir düşüşün, ücretlerde önemli bir azalmaya ve hatta çalışanların platform işinden devre dışı bırakılmasına sebep olabileceği gerçeği, platform çalışanlarının, müşterilerin taleplerini kabul etmekten başka seçeneklerinin olmadığı anlamına gelmektedir[111]. Bu durum çalışanlar üzerinde psikolojik baskı oluşturarak çalışanların ruh sağlığını olumsuz etkiyebilir.

3. Dijital Kontrol: Platform çalışmalarda, geleneksel işlerde olduğu gibi çalışanların fiziksel denetim yoluyla izlenmesi söz konusu olmamaktadır. Dijital platform uygulamaları, fiziksel denetim yerine dijitalleşmenin ortaya çıkardığı çeşitli algoritma ve mekanizmalara dayanan "*algoritmik kontrol*" sistemi ile denetim sağlayabilmektedir. Algoritmik kontrol, derecelendirme ve itibar sistemlerine dayanır[112]. Özellikle geri bildirim ve derecelendirme mekanizmaları ile ölçülen müşteri memnuniyeti, dijital platformlar için önemli bir kontrol aracıdır[113]. Diğer bir deyişle dijital platformalar, doğrudan denetim ve kontrol sağlayamadığından, çalışan disiplinini uygulamak için genellikle sözü edilen derecelendirme sistemleri gibi araçlara güvenmektedir[114]. Dijital platformlarda kullanılan bu derecelendirme sistemleri, bazen kendi kontrolleri dışındaki faktörler nedeniyle cezalandırılan çalışanlar için önemli bir endişe kaynağı olarak tanımlanır[115].

---

[109] **GARBEN**, 2017, s. 25.

[110] **DE STEFANO**, 2015, s. 5.; **ZENDEL ve diğ.**, 2018, s. 18.

[111] KIRVEN Alex, "Whose Gig is it Anyway? Technologıcal Change, Workplace Control and Supervision, and Workers' Rights in the Gig Economy.", **University of Colorado Law Review**, Vol. 89, Issue 1, 2018, s. 265.

[112] WOOD Alex J. "The Taylor Review: understanding the gig economy, dependency and the complexities of control: Good Work: The Taylor Review of Modern Working Practices, reviewed by Alex J. Wood", **New Technology, Work & Employment**, Vol. 34, Issue 2, 2019, s. 112.

[113] **GANDINI**, 2018, s. 20.; **KIRVEN**, 2018, s. 255.

[114] **KIRVEN**, 2018, s. 265.

[115] **ZENDEL ve diğ.**, 2018, s. 18.

Platform tabanlı derecelendirme ve itibar sistemlerinin oluşturduğu önemli bir dijital kontrol biçimi olan algoritmik kontrol, "*müşteri yönetimi*" stratejilerinin bir uzantısıdır. Bu durum müşterileri, yönetim yetkisini kullandığı aracılar olarak konumlandırmayı gerektirmektedir. Böylece memnun olması gereken, istek, arzu ve emirleri yerine getirilmesi gereken ve işin nasıl yapılması gerektiğini dikte eden kişiler, yöneticiler yerine müşteriler olmaktadır[116]. Müşteriler artık amir konumundadır ve platform çalışanları üzerinde otoriteyi mevcut bir gerçeklik haline getirirler. Kısacası, platform ekonomisi, standardizasyon ve kontrolü fiziksel ve doğrudan denetim yoluyla değil, denetim yetkisinin müşterilere devredilmesi yoluyla sağlamaktadır[117]. Çalışanların platformdan uzaklaştırılmalarına veya kazançlarında önemli ölçüde düşüş yaşamalarına sebep olabilen müşteri geri bildirimleri ve derecelendirmeleri, çalışanlar tarafından dolaylı bir kontrol biçimi olarak içselleştirilmektedir[118].

Platform şirketleri, en güçlü argümanları olarak çalışanlar üzerinde kontrol sahibi olmadıklarını ileri sürebilirler. Çalışanlara seçme özgürlüğü verdiklerini, isterlerse akıllı telefon uygulamaları aracılığıyla aldıkları iş tekliflerini reddetmekte özgür olduklarını savunabilirler. Platform ekonomisinin çalışanlara belli ölçüde özerklik sağladığı gerçeği abartılmamalıdır. Zira çalışanlar gelen iş tekliflerini kabul ettikten sonra büyük ölçüde kontrole tabi olurlar. Ücretleri ve standartları şirketler belirler ve bu standartlar karşılanmadığında iş ilişkisini sonlandırabilirler. Dijital platformun baskın pozisyonunu kullanarak çalışanlara birtakım kurallar dayatması ve kilit konularda karar alma (fiyatlandırma, hizmetin görülme biçimi, araç ve gereçlerde aranan standartlar, iptal politikaları vb.) hakkını kendinde tutması, çalışanların karar alma özgürlüğünü büyük ölçüde ortadan kaldırmaktadır[119]. Örneğin Uber, çalışanlarına uygun kıyafet kuralları, müşterilerle doğru şekilde etkileşime nasıl girecekleri ve arabalarında su, şarj cihazı bulundurma gibi sürücü deneyimini iyileştirmeye yönelik öneriler konusunda talimat veren bir eğitim videosu izletmektedir[120]. Aynı şekilde, Lyft uygulamasındaki sürücülerin telefonlarıyla konuşmamaları, koltuklarını ve bagajlarını yol-

---

[116] **WOOD**, 2019, s. 113.

[117] **KIRVEN**, 2018, s. 265.

[118] **GANDINI**, 2018, s. 21.

[119] **CHOUDARY,** 2018 s. 8. Örneğin müşteri bilgileri platform tarafından çalışanlarla paylaşılmamakta, platform müşteri portföyünü gizli tutmaktadır. **VAN DEN BERGH**, (2018), s. 4.

[120] **KIRVEN**, 2018, s. 280.

cular için açık tutmaları, bagajları olan yolculara yardım etmeleri, yağmur yağarken yolculara şemsiye tutmaları ve onları selamlamaları tavsiye edilmektedir[121].

Öte yandan derecelendirme sistemleriyle yakından bağlantılı diğer bir tehlike, çalışanların devamlı gözetlenebilmesidir. Gözetlemenin özellikle tehlikeli bir örneği, kadın çalışanların, uygulamaları ve "*telefonumu bul*" özelliklerini kullanan müşteriler tarafından izlenebilmesidir[122]. Çevrimiçi dijital platformlarda sistem üzerinden çalışanların bilgilerine ulaşabilmektedir. Uber veya Deliveroo gibi platformlar, bir çalışanın platforma giriş yaptığı andan bağlantısının kesildiği ana kadar, faaliyetini gerçek zamanlı olarak en ince ayrıntısına kadar izleme olanağına sahiptir. Bu durum, özel bir dikkat gösterilmenin ötesinde daha fazla araştırma yapılmasını gerektiren "*her zaman açık*" bir kontrol biçimi oluşturur[123].

"*Müşteriler tarafından yönetim*" sisteminin yanı sıra, birçok platform, üretkenliği teşvik etmek için "*oyunlaştırma*" tekniklerini kullanarak, çalışanın işteki katılımını ve dikkatini güçlendiren kontrol biçimleri de uygulamaktadır[124]. Bazı platformlar, oyunlaştırılmış denetim biçimleri ile, ödüllendirmeyi araç olarak kullanarak çalışanları "*kişisel rekor*" puanı almak için çaba göstermeye teşvik etmektedir. Bu durum çalışanlar üzerinde baskı oluşturan bir kontrol mekanizması yaratmaktadır[125].

4. İş ve Gelir İstikrarsızlığı: Dijital platformlar, tüm süreci çalışanlar üzerinde aktif olarak kontrol sağlayacak biçimde şekillendirmektedir. Bu da platform çalışmalarını, çalışanların bir yandan kurumsal denetime maruz kalırken diğer yandan serbest meslek istikrarsızlığını sürdürdükleri en kötüsü çalışma biçimlerinden biri yapmaktadır[126].

Platform çalışmaları genellikle belirsizdir ve çalışanlar değişken bir iş ve kazanç akışını kabul etmek zorundadır[127]. Bir çalışanın deneyim ve yete-

---

[121] **KIRVEN**, 2018, s. 281.

[122] **ZENDEL ve diğ**., 2018, s. 18.

[123] **GANDINI**, 2018, s. 24.

[124] **GANDINI**, 2018, s. 23.

[125] **GANDINI**, 2018, s. 21.

[126] **HOGAN**, 2020, s. 115.

[127] DOUCETTE Meriem Hodge / BRADFORD W. David, "Dual Job Holding and the Gig Economy: Allocation of Effort across Primary and Gig Jobs", **Southern Economic Journal**, Vol. 85 Issue 4, 2019, s. 1239.

neğine uygun işlerin platformda karşısına çıkacağının veya bu tür işler için teklif vermede başarılı olacağının garantisi yoktur. İş akışı ve dolayısıyla ödemeler değişken ve belirsiz olabilmektedir[128]. Bundan dolayı platform çalışanların çoğu iş ve gelir güvensizliği yaşamaktadır. Bu anlamda güvensizlik, çevrimiçi platform çalışmasının karakteristiğidir[129].

Esnekliğin diğer yönü istikrarsızlıktır. Çalışanlar yalnızca işlere erişebildiklerinde veya çevrimiçi platformlar aracılığıyla sunulan iş kolayca ulaşılabilir hale geldiyse esneklikten yararlanabilirler. Buna ek olarak, ulaşılabilir iş sayısı fazla olduğunda esneklik anlam kazanır ve çalışanlar işlerini serbestçe planlayabilirler. İş sayısı sınırlı ve yetersiz olduğunda, çalışanlar geçimlerini sağlamak amacıyla kendilerine uygun işler ile eşleşebilmek için sürekli olarak nöbet tutmaya başlarlar. Kazanç elde edebilmek için sürekli işe hazır halde beklemek durumundadırlar ve böylece esneklikten vazgeçebilirler[130]. Platform ekonomisindeki çalışanlar, en azından teoride, bir işverenin çalışma programına bağlı olmak yerine kendi çalışma saatlerini belirleyebilirler. Ancak bu noktada platform ekonomisinde çalışmanın yalnızca iş var olduğu sürece esnek olduğunu belirtmek önemlidir. Çok az iş varsa veya hiç iş yoksa kendi çalışma saatlerinizi belirleme özgürlüğüne sahip olmanın anlamı olmamaktadır[131]. Bu çerçevede, esneklik yanıltıcı olabilmektedir[132].

5. Sosyal İzolasyon: Kitle çalışmalarında olduğu gibi dijital platformlar aracılığıyla sanal olarak gerçekleşen işlemler, bir ekranın diğer tarafında yapısal olarak çalışan insanları ve onların faaliyetlerini gizleyerek bir görünmez işçi grubunun oluşmasına sebep olmaktadır[133]. Platform işleri, çalışanları üretken süreçten ayıran küçük, ayrı görevlere bölünmüştür[134]. Platformlar aynı zamanda çalışanlar ile iş arasında bir kopukluk yaratır çünkü dijital çalışma, kısa vadeli ve işi anlamlı hale getirebilecek veya bir çalışanın mesleki gelişimini destekleyebilecek daha büyük bir hedeften uzak "mikro görevler" halinde düzenlenir[135].

---

128 **HEEKS**, 2017, s. 14.

129 **GARBEN**, 2017, s. 4.

130 **CHURCHILL / CRAIG**, 2019, s. 746.

131 **HOGAN**, 2020, s. 119.

132 **CHURCHILL / CRAIG**, 2019, s. 746.

133 **DE STEFANO**, 2015, s. 4.

134 **KIRVEN**, 2018, s. 264.

135 **BAJWA ve diğ.**, 2018, s. 3.

Platform çalışanları, genellikle evde, kendi arabalarında veya seyahat halindeyken yalnız çalıştıklarından, platform işleri genellikle izole edici olmakta ve çalışanlarda yalnızlaşma ve çaresizlik hissi yaratmaktadır. Bu durum çalışanların ruh sağlığını olumsuz etkilemektedir[136]. Yapılan bir araştırma, bazı çalışanların, aileleri dışındaki insanlarla etkileşim kurma fırsatlarının sınırlı olduğunu, genellikle ilişkilerinin kopuk olduğunu göstermiştir[137].

6. Aidiyet Duygusu Eksikliği: Platform çalışanları genellikle yalnız çalıştıklarından şirketlerden sadece birkaç kişi ile temas halinde olurlar. Bu durum, çalışanların şirket stratejisini, misyonunu ve değerlerini benimseyememesine sebep olmaktadır. Bağımlılığın artması, aidiyet duygusunu besler ancak platformlar aracılığıyla üstlenilen kısa süreli mikro görevler, aidiyet duygusu olmayan bir çalışan grubu yaratmaktadır[138]. Platform çalışmalarında karşılaşılan bu bağlılık eksikliği şirket kültürüne zarar verebilir[139].

7. Ayrımcılık: Platform ekonomisi, ayrımcılık konusunda ciddi endişelere yol açmaktadır. Platform ekonomisinde işlerin, gerçek anlamda kişisel temastan kaçınılarak ve internet üzerinden anonim şekilde gerçekleştirilmesi ayrımcılık risklerinin azaltılmasına katkıda bulunabilir. Ancak sanal çalışma, ayrımcılığa karşı tam bir çözüm değildir[140]. Prensip olarak, platformlar, cinsiyet, köken veya diğer özelliklerden bağımsız olarak tüm çalışanlara istihdam olanağı sunmaktadır[141]. Bununla birlikte, platform işlerinde ayrımcı davranış örnekleri de bulunmaktadır. Platformlarda ırk, köken veya cinsiyet temelinde ayrımcılık yapan iş ilanları ile karşılaşılabilmektedir. Ayrıca, erkekler ve kadınlar arasında cinsiyete dayalı ücret farkı olabilmektedir[142]. Kendi ülkeleri dışında çalışanlar, genellikle menşe ülkeleri nedeniyle bazen örtülü bazen bariz şekilde ayrımcılığa maruz kaldıklarını hissetmektedir. Yapılan bir araştırmada, Filipinli Joyce ayrımcılık meselesini şu şekilde

---

136 **UNGUREANU**, 2019, s. 83.; **KIRVEN**, 2018, s. 264.; **DOUCETTE / BRADFORD**, 2019, s. 1239.

137 GRAHAM Mark / LEHDONVİRTA Vili / WOOD Alex J / vd., "The Risks and Rewards of Online Gig Work at the Global Margins", 2017, s. 8. https://ora.ox.ac.uk/objects/uuid:8c791d 5a-e3a5-4a59-9b93-fbabea881554/download_file?file_format=pdf&safe_filename=Risk%2Band%2 BRewards%2Bof%2BOnline%2BGig%2BWork.pdf&type_of_work=Report, (Erişim Tarihi: 20.12.2020).

138 **BURKARD / CRAVEN**, 2019, s. 55.; **BAJWA ve diğ.**, 2018, s. 3.

139 **BURKARD / CRAVEN**, 2019, s. 55.

140 **DE STEFANO**, 2015, s. 11.

141 **WOOD ve diğ**., 2017, s. 7.

142 **HEEKS**, 2017, s. 14.

açıklamıştır: *"İşi yalnızca Amerika Birleşik Devletleri'ndeki çalışanların yapmasına izin verildiğini söyleyen e-posta alırdım. Evet, eğer adresinizi oraya yazarsanız, Filipinli olduğunuz için sizi işe almazlar. Bazı şirketler bu kadar ırkçı."*[143].

Diğer yandan, çalışanlar işi kabul ettikten sonra müşteriler ile doğrudan, platform dışı temas kurduklarında ayrımcı muameleye maruz kalabilirler. Müşterilerin yorumları ve derecelendirmeleri, çalışanların gelecekteki işlere katılma olanağını etkileyeceğinden, önyargılı ve ayrımcı bir değerlendirme çalışanların istihdam olanaklarına zarar verebilir[144].

8. Bilgi Asimetrisi ve İletişim Eksikliği: Platform ekonomisinde çalışanlar, teklif edilen işin neleri içerdiğini bilmeden işi kabul etmektedirler[145]. İşi kabul etmeden önce müşterinin kim olduğu ve görevin amacının ne olduğu, tam olarak ne yapılacağı ve hangi standartta yapılacağı gibi iş hakkında bilgi eksiklikleri bulunmaktadır[146]. Örneğin, platform işletmeleri tarafından oluşturulan algoritmalar, fiyatlandırmayı ve işe erişimi belirler; bu, çalışanların fiyatları müzakere edemeyeceği veya işin tam kapsamını bilmeden önce bir fiyatı kabul etmeleri gerektiği anlamına gelir[147].

Ayrıca, dijital platformlarda kısa vadeli kârın en üst düzeye çıkarılmasına odaklanıldığından, prosedür ve süreç değişikliklerileyle ilgili yeterli bilgilendirme yapılmaz[148]. Platform çalışanları, iş ile ilgili bir sorunla karşılaştıklarında platformlar tarafından oluşturulan algoritmalar genellikle çözüm olmaz ve çalışanlar ihtiyaç hâlinde platform şirketlerindeki gerçek kişilerden yardım almakta zorlanırlar[149].

9. Platform Tabanlı Veri Güvensizliği: Dijital platformlar, sipariş geçmişini, müşteri görüşmelerini, veri tabanlarını ve bekleyen ödemeleri etkileyebilecek siber saldırılara karşı savunmasızdır[150].

---

143 **WOOD ve diğ.**, 2017, s. 7.

144 **DE STEFANO**, 2015, s. 11.; **HEEKS**, 2017, s. 14.

145 **ZENDEL ve diğ**., 2018, s. 18.

146 **HEEKS**, 2017, s. 13.

147 **BAJWA ve diğ**., 2018, s. 3.

148 **UNGUREANU**, 2019, s. 83.

149 **ASCHOFF**, 2020, s. 10.

150 **UNGUREANU**, 2019, s. 83.

10. Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Sorunu: İş platformlarının temel bir özelliği, işveren ve çalışan ilişkisinin dışarıdan düzenlenmesini en aza indirmeye çalışmasıdır[151]. Platform çalışanlarının genellikle "bağımsız yükleniciler" olarak sınıflandırılması, çalışma yasalarının dijital platform çalışmalarına uygulanmasını engellemektedir. Buna bağlı olarak, platform ekonomisinde sendika kurulamaması ve bunun sonucunda toplu pazarlık yapılamaması temel endişelerden biridir[152].

Dijital platform çalışmalarında ortaya çıkan rekabet göz önüne alındığında, çalışanlar birbirleriyle iş birliği yapmak istemeyebilirler. Geri bildirim ve derecelendirme algoritmaları, platform aracılığıyla çalışmanın devamını ve daha yüksek ücretli işlere erişimi sağlamada önemli rol oynadığından çalışanlar, itibarlarını olumsuz etkileyebileceği için herhangi bir kolektif hakkı kullanmakta isteksiz davranabilirler[153]. Buna ek olarak, platform çalışanlarının basit bir şekilde devre dışı bırakılabilmesi veya platformdan ve uygulamadan çıkartılabilmesi çalışanlarda geçici çalışma biçimleriyle ilişkilendirilebilecek misilleme korkusu yaratabilir[154]. Platform çalışmalarının bu şekilde kolayca sonlandırılabilme ihtimali, çalışanların kolektif hakları kullanmaktan kaçınmalarına neden olabilir.

Platform çalışmanın sebep olduğu sosyal izolasyon sonucu diğer çalışanlardan soyutlanmak, çalışanların iletişim kurma ve dolayısıyla kolektif kimlikler, ortak bir çıkar ve dayanışma duygusu inşa etme potansiyeline de bir engeldir. Bu durum, çalışanların düşük ücretler gibi konularla ilgili ortak endişelerini topluca dile getirme becerilerini azaltır[155].

11. Zorla Çalıştırma ve Çocuk İşçiliği: Platformlar üzerinden gerçekleştirilen çalışma, zorla çalıştırma ve çocuk işçiliği ile ilgili riskler taşıyabilir. Sanal çalışma, zorunlu olarak insanların evlerine dağılmayıp fabrikalar veya atölyelerde de yoğunlaşabilir. İnsanların bazı kitle çalışma biçimlerini yürütmeye zorlandığı atölyelerin var olma riski göz ardı edilmemelidir. Buradaki diğer risk, zorla çalıştırma ile mücadeleyi amaçlayan mevcut araçlar ile bunların tespit edilememesidir[156].

---

[151] GRAHAM Mark / HJORTH Isis / LEHDONVİRTA Vili, "Digital Labour and Development: Impacts of Global Digital Labour Platforms and the Gig Economy on Worker Livelihoods", **Tranfer**, Vol. 23, Issue 2, 2017, s. 140.

[152] **HEEKS**, 2017, s. 15.

[153] **DE STEFANO**, 2015, s. 9.

[154] **DE STEFANO**, 2015, s. 10.

[155] **WOOD ve diğ.**, 2017, s. 8.

[156] **DE STEFANO**, 2015, s. 10.

Çocuk işçiliği ile ilgili aynı riskler söz konusu olmaktadır. Kitle çalışmaları gibi dijital çalışmalar, çocukların yasadışı istihdamına karşı mücadele düzenlemelerinden kaçınma olanağını artırmaktadır. İnternet erişimi olan çocuklar, çevrimiçi olarak para karşılığı veya çevrimiçi oyunlar aracılığıyla ilgili çalışma faaliyetlerini yürütmek için kandırılabilir. Bunu yaparken, onlar için uygun olmayan içeriklere de maruz kalabilirler. Çocukların uygunsuz şekilde çevrimiçi çalışmaya erişimlerine karşı izleme mekanizmalarının uygulanması çok zor olabilir ve çocuk işçiliği ile mücadele araçları bu yeni olası çocuk sömürü biçimlerinin çok altında kalabilir[157].

IV. İŞ HUKUKU BAKIMINDAN PLATFORM ÇALIŞANLARININ HUKUKİ STATÜSÜ

1. İşçi, Bağımsız Çalışan ve Ara Kategori Tartışmaları

Dijitalleşmenin meydana getirdiği platform tabanlı çalışma modelleriyle ilgili önemli bir çekişme noktası, platform çalışanlarının hukuki statüsünün ne olduğu üzerinedir[158]. Platform çalışanları kendilerinin işçi olduklarını ileri sürerek platformlar aleyhine dava açmakta ve çalışma yasalarının işçilere tanıdığı hak ve alacakları talep etmektedirler. Platformlar ise kendilerinin işveren olmadığını, hizmet talep edenler ile hizmet sağlayanları bir araya getiren aracı yazılım şirketi olduklarını ileri sürerek platform çalışanlarını "bağımsız yükleniciler", kendilerini de "teknoloji şirketi" olarak tanımlamaktadır[159]. Platform şirketleri için, işçi statüsü yerine bağımsız yüklenici statüsünü kabul etmek, maliyet yönetimi açısından büyük önem taşımaktadır[160]. Zira bağımsız yüklenici sınıflandırması, platform şirketlerinin asgari ücret, fazla mesai ücreti, ücretli izin, emeklilik, sigorta, işçi tazminatları ve işçilere sağlanan diğer tüm faydaları yerine getirmekten kaçınmalarına olanak tanımaktadır[161]. Bu durum, platform şirketlerini çalışanlarını bağımsız yüklenici olarak sınıflandırmaya itmektedir.

---

157 **DE STEFANO**, 2015, s. 10.

158 VALLAS Steven / SCHOR Juliet B., "What do Platforms do? Understanding the Gig Economy", **Annual Review of Sociology**, Vol. 46, 2020, s. 285.

159 **KATTA ve diğ.**, 2020, s. 204.

160 **BURKARD/CRAVEN**, 2019, s. 55.

161 **HOGAN**, 2020, s. 117.; TRONSOR William. J., "Unions for Workers in the Gig Economy: Time for a New Labor Movement", **Labor Law Journal**, Vol. 69 Issue 4), 2018, s. 183.

Platform çalışanlarının hukuki statüsü konusundaki uyuşmazlıklar, farklı ülkelerde ve tek bir ülke içindeki farklı şehirlerde görülen ve sonuçlanan davalarda dahi aynı yönde sonuçlanmamaktadır. Bazı ülke ve eyaletlerde platform çalışanları bağımsız yüklenici bazılarında ise işçi olarak kabul edilmektedir[162].

Yolculuk ve ulaşım hizmeti sağlayan Uber ve Lyft gibi platformlarda faaliyet gösteren sürücülerin Uber ve Lyft aleyhine son zamanlarda açtıkları davalar, platform çalışanlarının sınıflandırılması konusuna odaklanmakta ve mevcut istihdam yasalarını yeni iş ilişkilerine uygulamanın zorluklarına dikkat çekmektedir[163].

Platform çalışanlarının sınıflandırılma meselesiyle ilgili olarak şu ana dek evrensel ve ve genel kabul gören kriterler ortaya çıkmamıştır. Bu nedenle birçok hükümet, platform ekonomisine hangi düzenlemelerin nasıl uygulanacağı konusunda karar verirken temkinli hareket etmektedir[164].

Platform çalışma modeli bakımından uygun sınıflandırmanın ne olması gerektiği konusu öğretiyi de çelişkide bırakmaktadır. Tronsor'a göre, sendikalı bir işgücüyle uğraşmaktan kaçınmaya çalışan işverenler, çalışanlarına sağlık sigortası, emekli maaşı, fazla mesai ücreti ve iş kanunları kapsamında gereken olan diğer menfaatleri sağlama yükümlülüğünden kurtulmak için çalışanlarını bağımsız yükleniciler olarak sınıflandırmaya başlamışlardır. Platform şirketlerinin çalışanlarını doğru bir şekilde bağımsız yükleniciler olarak sınıflandırıp sınıflandırmadığı, gerçeklere dayalı bir hukuki değerlendirme gerektirmektedir. Mevcut iş hukuku düzenlemeleri yalnızca "bağımlı yüklenici" ve "işçi" sınıflandırmasını kabul etmektedir. Platform çalışanlarına hangi kanun hükümlerinin uygulanacağı konusundaki belirsizlik, işverenlerin çalışanlarını kasıtlı olarak yanlış sınıflandırmalarını avantajlı hâle getirmektedir. Uber, TaskRabbit, Postmates, Handys ve Grubhub gibi şirketlerin öncülük ettiği platform ekonomisinin yükselişi, işverenlerin bağımsız yükleniciler olarak sınıflandırdığı platform çalışanları gibi bir işçi sınıfı yaratmıştır. İşçilerini bağımsız yükleniciler olarak yanlış sınıflandıran şirketler,

---

[162] BLACK Celeste M., "The Future of Work: The Gig Economy and Pressures on the Tax System", **Canadian Tax Journal**, Vol. 68, Issue 1, 2020, s. 74.

[163] MULLER Zane, "Algorithmic Harms to Workers in the Platform Economy: The Case of Uber.", **Columbia Journal of Law & Social Problems,** Vol. 53 Issue 2, 2020, s. 174.

[164] HEALY Joshua / PEKAREK Andreas / VROMEN Ariadne, "Sceptics or supporters? Consumers' views of work in the gig economy", **New Technology, Work & Employment,** Vol. 35, Issue 1, 2020, s. 2.

işgücü maliyetlerini adil olmayan bir şekilde düşürmektedir. İşçilerin yanlış sınıflandırılması, şirketlerin çalışma yasaları ile getirilen korumaları dolanmasına izin vermekte ve işçilerin daha iyi çalışma koşulları için toplu iş hukukundan doğan haklarını kullanmalarını son derece zorlaştırmaktadır. Tronsor, mevcut düzenlemelerin sadece "bağımlı yüklenici" veya "işçi" sınıflandırmalarından birini zorunlu kılmasının platform şirketlerini kasıtlı olarak bağımsız yüklenici statüsünü kabul etmeye ittiğini, platform ekonomisinde faaliyet gösteren çalışanların, bağımsız yüklenici ve işçi statüsüne tam olarak uymadığını, bağımsız yükleniciler ile işçiler arasında bir boşluk işgal ettiğini ileri sürmektedir[165].

Atmore'ye göre, platform çalışanları çalışma zamanı, yeri ve şekli üzerinde önemli esnekliğe sahip olduklarından birçok yönden bağımsız yüklenicilere benzer görünmektedir. Bununla birlikte, platform şirketleri, çalışanlar üzerinde geleneksel istihdam ilişkisini anımsatan kontrol ve güç unsurunu elinde tutmaktadır. Platform şirketleri, işlerinde önemli ölçüde esneklik ve özerkliğe sahip olmaları nedeniyle çalışanlarını genellikle bağımsız yükleniciler olarak sınıflandırırken, geleneksel işçi-işveren ilişkisinden doğan hakları ve faydaları arzulayan platform çalışanları, işçi olarak sınıflandırılmak istemektedir. Platform çalışma, kişiye işini boş zamanlarında, kendi konumunda ve kendi yöntemiyle yapmayı kabul etme veya reddetme esnekliği sunan bağımsızlığı ile karakterize edilir. Öte yandan, platform şirketleri genellikle çalışanların çalışma koşullarını belirleme ve profesyonel davranışlarını kontrol etme özgürlüğünü sınırlamaya çalışan politika ve kurallar uygulamaktadır. Buna rağmen, platform çalışanları ile şirketler arasındaki ilişki genellikle geçici ve bağımsız kalır, bu nedenle işçi statüsünün sorumluluğunu şirkete yüklemeyi haklı göstermez. Atmore, bu gerekçeleri ileri sürerek platform çalışanlarının istihdam düzenlemelerinde mevcut "bağımlı yüklenici" ve "işçi" sınıflandırmalarından hiçbirine uymadığını, işçi ile bağımsız yüklenici sınıflandırması arasında düşünülmemiş bir alanda olduğunu, mevcut istihdam düzenlemelerinin güncelliğini yitirdiğini vurgulamaktadır[166].

Harris ve Krueger'e göre, platform ekonomisi ile ilgili endişelerden biri, çevrimiçi ve çevrimdışı olarak faaliyet gösteren platform şirketlerinin, geleneksel istihdam ilişkisinde çalışanlar tarafından gerçekleştirilen işleri bağımsız yük-

---

[165] **TRONSOR,** 2018, s. 183.

[166] ATMORE Emily, "Killing the Goose That Laid the Golden Egg: Outdated Employment Laws Are Destroying the Gig Economy", **Minnesota Law Review**, Vol. 102, Issue 2, 2017, s. 903-906.

lenici ilişkileri şeklinde sınıflandırarak işçilere sağlanan faydalardan kaçınmak için organize etmeleridir. Mevcut düzenlemelerin zorunlu kıldığı ikili sınıflandırma sistemindeki belirsizlik, genellikle platform şirketlerinin çalışanlarını birçok önemli yasal koruma ve faydadan mahrum bırakan bağımsız yüklenici statüsünde kasıtlı veya kasıtsız olarak yanlış sınıflandırmasını kolaylaştırmaktadır. Platform şirketleri yasal olarak zorunlu fayda ve korumaların sağlanmasından kaçınarak aynı hizmeti sunan geleneksel istihdamdaki işverenlere karşı haksız ve adil olmayan bir avantaj elde etmektedir. Harris ve Krueger, işçi ile bağımsız yüklenici kategorileri arasında bir zeminde yer alan ve "bağımsız işçiler" olarak adlandırdıkları yeni bir çalışan kategorisi oluşturulmasını ve buna uygun yasa çıkarılmasını önermektedir. Bu "bağımsız işçi" kategorisi hem bağımsız yüklenicilerle hem de işçilerle bazı benzerlikler taşımaktadır. Bağımsız işçi kategorisinin örneği olan Uber ve Lyft sürücüleri bir yandan bağımsız yüklenicilerde olduğu gibi ne zaman çalışıp çalışmayacaklarını seçebilmekte, diğer yandan ne kadar ücret alacakları konusunda platform şirketleri tarafından getirilen kısıtlamalarla karşı karşıya kalmaktadır[167]. Harris ve Krueger, bağımsız işçileri belirlemek ve hak kazanmaları gereken fayda ve korumaların belirlenmesine rehberlik etmek için, çalışma saatlerinin ölçülemezliği, tarafsızlık ve verimlilik olmak üzere üç ana ilke sunmakta[168] ve hangi alanlarda nasıl düzenlemeler yapılması gerektiğine ilişkin önerilerde bulunmaktadırlar[169]. Harris ve Krueger'in önerilerinden biri, platform şirketlerinin çalışanlarının hangi saatlerde çalıştıklarını belirlemelerinin zor olduğu ve saatlik ücretin belirlenmesinin mümkün olmadığı gerekçesiyle, üçüncü kategori olan bağımsız işçilerin asgari ücret düzenlemelerinden muaf tutulması gerektiğidir.

Harris ve Krueger'in iddiasının aksine, Cherry ve Aloisi'ye göre, çalışma saatlerini takip etmede bir zorluk bulunmamaktadır. Platformlar, çalışanlar ve yaptıkları işler hakkında benzeri görülmemiş bir ölçekte veri toplanmasına olanak sağlamaktadır. Örneğin, çoğu araç paylaşım uygulaması, GPS izleme ve hizmet alıcıların derecelendirmeleriyle veri elde etmektedir. Birçok platform, bir çalışanın bir iş için ne kadar zaman ve çaba harcadığını, trafikte beklemek için harcanan dakikalara (bir yolculuk paylaşımı uygula-

---

[167] HARRİS Seth D. / KRUEGER Alan B., "A Proposal for Modernizing Labor Laws for Twenty-First-Century Work: The "Independent Worker". 2015, s. 5. https://www.hamiltonproject.org /assets/files/modernizing_labor_laws_for_twenty_first_century_work_krueger_harris.pdf, (Erişim Tarihi: 20.12.2020).

[168] **HARRİS / KRUEGER,** 2015, s. 13.

[169] **HARRİS / KRUEGER,** 2015, s. 15. vd.

ması durumunda) kadar ölçebilir. Aslında, platform çalışmasıyla ilgili en büyük endişelerden biri, Harris ve Krueger'in ileri sürdüğü gibi zamanı, işi ve saatleri takip etmede zorluk değil, GPS, telefon ve uygulama verileri aracılığıyla sürekli ve yaygın gözetimdir[170]. Cherry ve Aloisi'ye göre belirli çalışmaları asgari ücretten muaf tutmak, sadece platform ekonomisinde işçilerin sömürülmesi sorununu daha da kötüleştirecektir[171].

Aynı yazarlara göre, üçüncü kategori oluşturmak işçilerin ara kategoriye indirilmesiyle sonuçlanacaksa, getirilen üçüncü kategori yanlış sınıflandırma sorununu ortadan kaldırmayacaktır[172]. Cherry ve Aloisi, ortaya çıkan sınıflandırma sorunlarına çözüm olarak, işçi ve bağımsız yüklenici statüsü ile ilgili varsayımlara ilişkin değişiklikler yapmayı önermektedir. Üçüncü bir kategoriyi uygulamak zor olacağından ve kategorinin nasıl oluşturulacağı ya da platformların ve çalışanlarının ihtiyaçlarını nasıl karşılayabileceği konusunda henüz fikir birliği olmadığından, üçüncü bir kategori mümkün olmayabilir. Mevcut yanlış sınıflandırma sorunlarını ele almak için bir çözüm, halihazırda mevcut olan iki kategoriye ilişkin varsayımları değiştirmek olabilir. Şu anda birçok platform şirketi, platform-müşteri-çalışan arasındaki üçgen ilişkide platformun işveren olarak rolünü gizlediği bir ortamda faaliyet göstermektedir. Bir şirket, çalışanlarını bağımsız yükleniciler olarak kabul ederse, bu statüye yanlış sınıflandırma olarak itiraz edilmesi işçilere veya belki de devlet kurumlarına bırakılmaktadır[173]. Şirketlerin işçileri nasıl sınıflandıracağını seçtiği ve daha sonra davadaki konumunu haklı çıkardığı mevcut sistem yerine, farklı bir varsayımla çalışmak gerekmektedir. Yazarlar, minimum çalışılması gereken saat üzerindeki çalışmaların karineten istihdam ilişkisi olarak kabul edilmesini önermektedir[174].

Halihazırda kendi inisiyatifleriyle çalışanlarını "işçi" olarak sınıflandıran platform şirketleri bulunmaktadır. Bazı platform şirketleri, sağlık sigortası da dahil olmak üzere çalışanlarına faydalar sağlamaktadır. Bu örnekler, platform çalışanlarına işçilere tanınan haklar verildiğinde platform ekonomisinin hala var olabileceğini göstermektedir[175].

---

[170] CHERRY Mirriam A. / ALOISI Antonio, "Dependent Contractors" In the Gig Economy: A Comparative Approach", **American University Law Review,** Vol 66, Issue 3, 2017, s. 678.

[171] **CHERRY / ALOİSİ,** 2017, s. 679.

[172] **CHERRY / ALOİSİ,** 2017, s. 677.

[173] **CHERRY/ALOİSİ,** 2017, s. 682.

[174] **CHERRY/ALOİSİ,** 2017, s. 683.

[175] **CHERRY/ALOİSİ,** 2017, s. 684.

Cherry ve Aloisi'ye göre, çalışan statüsünü gerektirmeyecek çok ufak işlerin yerine getirildiği hallerle de karşılaşılabilir. Örneğin, bir iş adamı işe giderken komşusunu almak için haftada bir yolculuk paylaşım hizmeti kullandıysa, bu iş adamı Lyft'in işçisi olarak görülmemelidir. Yakıt, park yeri ve masraflardan tasarruf etmek için bir araba paylaşımı kurmak ve katılmak için Uber havuzunu veya benzer bir mobil uygulama hizmetini kullananlar da işçi değildir. Ayrıca, ayda bir TaskRabbit'te on beş dakikalık bir görev yapmak için kaydolan bir kişi platformun bir işçisi olmamalıdır. Bu faaliyetler, bir istihdam ilişkisi oluşturmaması gereken çok ufak işler veya bir kereye mahsus geçici işlemler gibi görünmektedir[176].

De Stefano, işçiler ve bağımsız yükleniciler arasında bir ara çalışan kategorisi oluşturmanın sorunları çözmeyeceğini ileri sürmektedir. De Stefano'ya göre, platform çalışanlarının sınıflandırılması ile ilgi gri alan sorununa yönelik yeni bir yasal kategori önermek, sınıflandırmayı çevreleyen sorunları basitleştirmek yerine daha da karmaşıklaştırabilir. Bağımlı yükleniciler veya bağımlı serbest meslek sahipleri gibi bir ara kategori oluşturmak, uygun tanımların belirlenmesini gerektirmektedir. Yasal tanımlar pratikte uygulandıklarında her zaman istenen sonuçları vermemektedir. Burada asıl risk, bu ara kategorideki işçilere verilen haklar anlamlı bir koruma sağlamazsa, oluşturulan ara kategorinin arbitraj ve dava riskini ortadan kaldırmadan gri bölgeyi başka bir yere kaydırmasıdır[177]. Ayrıca, mevcut yasal düzenlemelere göre "işçi" olarak tam koruma almaya hak kazananların, bir ara kategoriye sıkıştırılmaları halinde birçok haktan mahrum kalacakları da göz ardı edilmemelidir. Bu nedenle, ara kategoriler istihdam ilişkilerinin gizlenmesi halinde tam işçi korumasına ulaşmada bir engel oluşturabilir[178]. De Stefano'ya göre, esnek ekonomide işçi korumasını teşvik etmek için gereken ilk şey, bu sektörde yerine getirilen hizmetlerin istihdam ilişkisi bağlamında "iş" olarak tanınması için güçlü bir savunuculuk yapmaktır. Çalışanların, platformların ve uygulamaların uzantıları olarak algılanmasını önlemek için kültürel bir mücadeleye girilmesi, hem çalışanların metalaştırılması ve yeni bir görünmez işçi grubu yaratma riskini engellemek için hem de platform ekonomisindeki faaliyetlerin nihai insan karakterinin tanınmasını vurgulamak için çok önemlidir[179]. İkinci olarak, esnek ekonomi ayrı bir alan olarak

---

[176] **CHERRY/ALOİSİ,** 2017, s. 687.
[177] **DE STEFANO,** 2015, s. 19.
[178] **DE STEFANO,** 2015, s. 20.
[179] **DE STEFANO,** 2015, s. 21.

düşünülmemelidir. Bu bağlamda, esnek ekonomide işin önemli boyutunun diğer standart olmayan istihdam biçimleriyle benzer nitelikleri paylaştığını değerlendirmek önemlidir[180]. Bu benzerliklerin tanınması, çalışma ilişkilerinde gereksiz alt bölünmelerin önlenmesine yardımcı olur; hem genel olarak hem de gündelik çalışma veya gizli istihdam ilişkileri gibi belirli iş düzenlemelerini ele alırken, standart dışı işlerin korunmasını ve daha iyi düzenlenmesini amaçlayan politika ve stratejilere platform çalışmalarının dahil edilmesine olanak sağlar[181].

Ayrıntılı olarak açıklandığı üzere platform çalışanlarının hukuki statüsünün ne olduğu halen tartışma konusudur. Teknolojik gelişmelerin yarattığı platform ekonomisinde faaliyet gösteren şirketler, kullanıcılara verimlilik, esneklik ve özerklik vaat eden çevrimiçi ve mobil uygulamalarda veri akışlarını işleyen algoritmalar kullanmaktadır. Platform şirketleri, bu algoritmalar sayesinde bünyelerinde yürütülen hizmetler üzerinde bilgi ve güç sağlarlar. Ancak bu algoritmalar hukuk biliminde çok az incelenmiş olup henüz kapsamlı bir şekilde ele alınmamıştır[182]. Platform şirketlerinin algoritmik yönetim yoluyla çalışanların üzerinde kontrol sağladığı, vaat edilen esneklik ve özerkliğin gerçeğe uymadığı, bu nedenle platform çalışanlarının bağımsız yükleniciler olarak yanlış sınıflandırıldığı hususu platform ekonomisine getirilen önemli eleştirilerden biridir. Platform tabanlı çalışma ilişkilerinin gerçekte nasıl işlediği kapsamlı bir şekilde incelenmeli ve bağımsız yüklenici olarak yanlış sınıflandırılan işçilerin çalışma yasaları kapsamına dahil edilmesi gerekmektedir. Zira yanlış sınıflandırma sonucu platform çalışanlarının bağımsız yükleniciler olarak kabul edilmesi işverenlere haksız ve adil olmayan bir maliyet avantajı sağlarken, platform çalışanlarının çalışma yasalarından doğan haklardan mahrum kalmasına sebep olmaktadır.

2. Çalışanların Hukuki Statüsünü Belirlemeye Yönelik Testler

Amerikan Hukuku'nda, asgari ücret ve fazla çalışma ücretini düzenleyen Adil Çalışma Standartları Yasası *"Fair Labor Standarts Act FLSA"* işçiyi, bir işveren tarafından çalıştırılan kişi olarak tanımlanmaktadır. Çok da açık olmayan bu tanım karşısında uygulamada, bir çalışanın işçi mi yoksa serbest çalışan mı olduğunun belirlenmesinde yargı tarafından geliştirilmiş

---

[180] **DE STEFANO,** 2015, s. 21.

[181] **DE STEFANO**, 2015, s. 22.

[182] **MULLER**, 2020, s. 167.

birtakım testler uygulanmaktadır. Bunlar biri "*kontrol hakkı testi*" dir (right-to-control test)[183]. Bu teste göre bir çalışanın işçi olup olmadığının belirlenmesinde, işveren olduğu varsayılan kişinin, işin görülmesi sırasındaki kontrolünün derecesine bakılır. Bu belirlemenin yapılabilmesi için mahkeme tarafından değerlendirilen unsurlar;

a) İş araç ve gereçlerinin kim tarafından sağlandığı,

b) Taraflar arasındaki ilişkinin süresi,

c) İşe alan tarafın işe alınan tarafa bir takım ek işler verme yetkisinin olup olmadığı,

d) İşe alınan tarafın iş görme zamanını ve süresini belirlemekte serbest olup olmadığı,

e) Ücretin ödenme biçimi,

f) İşe alınan kişinin yardımcı eleman çalıştırıp çalıştırmadığı,

g) İşin işe alan tarafın yürüttüğü faaliyetin olağan bir parçası olup olmadığı,

h) İşe alınan tarafın bağımsız bir işletme işletip işletmediği ve vergilendirilme biçimidir[184].

Uygulanan bir diğer test ise "*ekonomik gerçeklik testi*" dir (economic realities test). Buna göre bir çalışanın işçi olup olmadığı,

a) İşçinin yönetimsel becerilerine bağlı olarak kar elde etme imkânı ve zararı üstlenme derecesi,

b) İşçinin, işin görülmesi için gerekli araç ve gereçlere veya yardımcı elemanlara yaptığı yatırımın miktarı,

c) İşin özel bir beceri gerektirip gerektirmemesi,

d) İş ilişkisinin süresi ve süreklilik derecesi,

e) İşverenin, işin yürütülüş şekli üzerindeki kontrolünün niteliği ve derecesi,

f) İşin, işverenin ticari faaliyetinin ayrılmaz bir parçası olup olmadığı değerlendirilerek belirlenir[185].

---

[183] **TIPPETT**, 2018, s. 293.

[184] **TIPPETT**, 2018, s. 293.

[185] **FELSTINER**, 2011, s. 171.

Bu belirleme yapılırken tarafların sözleşmeyi nasıl nitelendirdikleri önem taşımaz. Hakim taraflar arasındaki ilişkinin gerçek hukuki niteliğine bakar[186].

Bu yöntemde de, işverenin işçi olduğu iddia edilen kişi üzerindeki kontrol derecesine bakılır, ancak asıl olarak değerlendirilen husus işçi olduğu iddia edilen kişinin işverene ekonomik bağımlılığıdır[187]. Örneğin, Secretary of Labour v. Lauritzen davasında mahkeme göçmen tarım çalışanlarının, işçi olup olmadığını değerlendirirken bu testi uygulamış ve her ne kadar çiftlik sahibinin iş görme ediminin yerine getiriliş süreci üzerindeki kontrolü çok azsa da, göçmen ailenin geçim imkânının tamamen salatalık toplayarak elde ettikleri kazanca bağlı olması nedeniyle işçi olduklarına karar vermiştir. Zira iş özel bir yeteneği gerektirmemekte, işçilerin yönetimsel becerilerine bağlı olarak kar veya zarar etme ihtimalleri değişmemekte, işçilerin araç ve gereçlere yaptığı yatırım, çiftlik sahibinin yaptığı yatırıma göre çok düşük kalmaktadır.

Bunun dışında uygulanan diğer bir test "*ABC testi*"dir. 2018 yılında Dynamex Operations West Inc. v. Superior Court davasında Yüksek Mahkeme tarafından uygulanan bu teste göre, bir çalışanın işçi olmadığının kabul edilebilmesi için işverenin;

a) Çalışanın işverenin emir ve talimatlarına bağlı olarak iş görmediğini ve işveren tarafından denetlenmediğini,

b) Çalışanın yürütmekte olduğu işin işverenin olağan iş sınırları içinde kalmadığını

c) Çalışanın, bağımsız olarak yürütülmesi mutad olan bir mesleki veya ticari faaliyeti yürütmekte olduğunu ispat etmesi gerekir[188].

ABC testi, bir çalışanın işçi olmadığını ispat yükünü işverene yüklüyor olması bakımından ilgi çekicidir. İlk defa Dynamex davasıyla uygulanan bu test California Meclisi Yasa Tasarısı 5 (AB 5) ile yasal bir zemine oturtulmuş ve Kaliforniya İş Kanunu'na değişiklik getiren söz konusu yasa 1 Ocak

---

[186] CHERRY Mirriam A. / ALOISI Antonio, "A Critical Examination of a Third Employment Category for On-Demand Work (In Comparative Perspective)" Forthcoming, **Cambridge Handbook on the Law of the Sharing Economy** (Nestor M. Davidson, Michele Finck & John J. Infranca, eds.); Saint Louis U. Legal Studies Research Paper, 2018, s. 317.

[187] **TIPPETT**, 2018, s. 293.

[188] **CHERRY** et al., 2018, s. 318. **GARDEN** et.al., 2018, s. 454.

2020 tarihinde yürürlüğe girmiştir[189]. Yasanın gerekçesinde işçilerini hatalı olarak bağımsız yüklenici olarak gösteren şirketlerin, sosyal güvenlik hukukundan ve işsizlik sigortasından doğan birtakım yükümlülüklerinden kurtulduğu, bu durumun çalışanlarını işçi olarak nitelendiren ve işveren yükümlülüklerini kanuna uygun biçimde yerine getiren işverenlere karşı haksızlık yarattığı, işçilerin bağımsız yüklenici olarak gösterilmesinin orta sınıfa zarar verdiği ve gelir dağılımındaki adaletsizi arttırdığı ifade edilmiştir. Düzenleme uyarınca işe alan kuruluş değinilen tüm koşulların yerine getirildiğini ispat etmedikçe, ücret karşılığında işgücü veya hizmet sağlayan bir kişi, bağımsız bir yüklenici yerine işçi olarak kabul edilecektir.

Bununla birlikte düzenlemede çok sayıda istisna getirilmiştir. Buna göre düzenleme, profesyonel hizmet sözleşmeleri (*contract for professional services*) hakkında uygulanmaz ve bu işleri yapan kişilerin işçi olup olmadıkları kontrol hakkı testine göre belirlenir. Bir sözleşmenin profesyonel hizmet sözleşmesi sayılabilmesi için kümülatif olarak çalışanın kendine ait bir iş yeri olması, bir ruhsat veya lisansa tabi olarak yürütülebilecek bir iş yapıyor, gerçekleştirilen hizmetler için kendi ücretlerini belirleyebiliyor veya pazarlık yapabiliyor, proje bitiş tarihleri ve makul çalışma saatleri dışında kendi saatlerini belirleyebiliyor, aynı türdeki işleri başka potansiyel müşteriler için de yerine getirebiliyor ve işin ifasında geleneksel ve düzenli olarak takdir yetkisine sahip olması aranır.

Söz konusu Yasa'nın ardından 5 Mayıs 2020'de, Kaliforniya Başsavcısı, AB5 Yasasına dayanarak Uber ve Lyft'in sürücülerini bağımsız yükleniciler olarak yanlış sınıflandırdıkları iddiasıyla Kaliforniya Eyalet Yüksek Mahkemesinde dava açmıştır. Uber ise yasanın kendisine uygulanmasını engellemek amacıyla Kaliforniya'daki sürücülere yönelik uygulamasında, sürücülerin varış noktalarını önceden görmelerine izin vermek ve sürüşleri reddetme cezalarını kaldırmak gibi çeşitli değişiklikler yapmış ve yolcuların mevcut bir sürücü tarafından kabul edilen en düşük ücreti görmesi ile sürücülerin %10'luk artışlarla kendi ücretlerini belirlemelerine olanak tanıyan yeni bir özelliği test etmeye başlamıştır[190]. 10 Ağustos 2020'de davaya bakan hakim, Uber ve Lyft'in, çalışanlarını bağımsız yükleniciler olarak sınıflan-

---

[189] Assembly Bill No. 5 için bkz. https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billNavClient.xhtml?bill_id=201920200AB5, (Erişim Tarihi: 26.01.2021).

[190] https://www.sfchronicle.com/business/article/Uber-tests-letting-California-drivers-set-own-14992943.php, (Erişim Tarihi: 26.01.2021).

dırmaları nedeniyle AB 5'i ihlal ettiğine karar vermiştir[191]. Zira sürücüler Uber tarafından yürütülen işin olağan sınırları dışında bir işi değil, tam aksine Uber'in asli işini yerine getirmektedir. Karar Uber ve Lyft tarafından bir üst mahkemeye taşınmış olup, yargılama halen devam etmektedir.

V. PLATFORM ÇALIŞANLARI HAKKINDA VERİLEN YABANCI MAHKEME KARARLARI

Platform çalışanları ile başta Uber olmak üzere platformlar arasında ortaya çıkan hukuki uyuşmazlıklar eş zamanlı olarak tüm dünyada yargılama konusu olmaktadır. Ülkemizde henüz bu konuda yargı önüne taşınmış tespit edebildiğimiz bir uyuşmazlık bulunmamakla birlikte, ileride doğabilecek uyuşmazlıklara ışık tutması için bu bölümde karşılaştırmalı hukukta platform çalışanları hakkında verilen kararlar incelenecektir.

1. UBER Kararları

Uber, San Francisco, Kaliforniya menşeli Amerikan uluslararası ulaşım şebekesi platformudur. Sunduğu hizmetlere örnek olarak ulaşım, yemek teslimi, paket teslimi, lojistik ve kurye hizmeti sayılabilir. Uber çatısı altında yer alan uygulamalar, "Uber", "UberTAXİ", "UberX", "UberXL", "UberBLACK", "UberSUV", "UberLUX", "UberPOOL/UberCOMMUTE", "UberBOAT", "UberRUSH", "UberFRESH" ve "UberEATS"tir. Bu hizmetler ülkeden ülkeye, hatta şehirden şehre değişiklik göstermektedir.

Uygulamayı kullanmak oldukça kolaydır. Kullanıcılar, akıllı telefonlarına Uber uygulamasını indirerek, kısa süren bir kayıt aşamasının ardından uygulamayı kullanmaya başlayabilirler. Sektörde çığır açan bu uygulama kısa sürede tüm dünyaya yayılmış ve pek çok kişi için önemli bir gelir kaynağı haline gelmiştir. Uygulama bir yandan ulaşım sektöründe sayısız imkân ve kolaylık sunarken diğer taraftan ekonomik, sosyolojik ve hukuki anlamda birçok problemi de beraberinde getirmiştir. Bu problemlerden biri de Uber üzerinden çalışan sürücülerin bağımsız çalışanlar mı yoksa işçi mi olarak nitelendirilecekleridir. Zira, pek çok ülkede Uber sürücülerinin iş kanunlarında işçilere tanınan hak ve korumaların kendileri bakımından da uygulanması talebi yargıya taşınmış ve mahkemeler bu konuda farklı yönde kararlar vermişlerdir.

---

[191] https://ballotpedia.org/California_Assembly_Bill_5_(2019), (Erişim Tarihi: 26.01.2021).

A. Amerika Birleşik Devletleri'ndeki Uber Davaları

Kaliforniya[192] ve Massachusetts[193] Eyalet Mahkemelerinde Uber'in sürücülerini haksız olarak serbest çalışan olarak nitelendirdiği, fakat bu sürücülerin işçi olarak çalıştıkları ve bu nedenle kendilerine asgari ücret korumasının sağlanması ve fazla çalışma ücretlerinin ödenmesi gerektiği konusunda bir topluluk davası (class action) açılmıştır.

Açılan davada Kaliforniya Eyalet Mahkemesi, Uber çalışanlarının hukuki statüsünün belirlenmesi konusunda birtakım güçlüklerle karşılaşmıştır. Zira bugüne kadar uygulanan testlere göre sürücüler bir yandan işçilere diğer yandan serbest çalışanlara özgü özellikleri bir arada bulundurmakta ve söz konusu testler Uber sürücülerinin hukuki durumunu açıklamada yetersiz kalmaktadır[194]. Örneğin, sürücüler çalışma sürelerini ve zamanını kendileri belirlemekte, çalışmalarını kendi araç ve gereçleriyle (otomobil, akıllı telefon, internet bağlantısı) yürütmektedirler. Buna karşılık, sürücüler yolculuk taleplerini kabul edene kadar gidecekleri yeri bilmemekte, buna göre bir karzarar değerlendirmesi yapamamakta, reddedilebilecek çağrılar Uber tarafından sınırlandırılmakta ve bu sınırın aşılması halinde sürücü sistemden uzaklaştırılmakta, sefer tarifeleri Uber tarafından belirlenmekte, yolcular doğrudan sürücüye ödeme yapmak yerine, sistemde kayıtlı kredi kartları ile Uber'e ödemede bulunmaktadır[195]. Yine, sürücüler Uber tarafından mülakata alınmakta, sürücülerin sabıka kayıtları incelenmekte, çalışacakları şehir hakkındaki bilgileri sınava tabi tutulmaktadır. Uber kullanıcı puanlamaları üzerinden sürücüler üzerinde ciddi bir denetim uygulamakta, kalite politikaları ile sürücüleri belli biçimde davranmaya (yolculara içecek ve atıştırmalık ikram edilmesi, araçta dinlendirici müzik çalınması vb.) zorlamaktadır[196].

Uber ise, kendisinin bir teknoloji şirketi olduğunu ve taşıma şirketi olmadığını, sürücüler ve yolcular arasında sadece aracılık yaptığını, bu nedenle işveren sayılmasının mümkün olmadığını iddia etmiştir.

Bir platformun kullanıcılar arasında sözleşme yapılmasına yalnızca aracılık mı ettiği, yoksa üçlü bir ilişki mi kurduğunun belirlenmesi için platformun ken-

---

192 O'Connor v. Uber Techs., Inc., 82 F. Supp. 3d 1133 (N.D. Cal. 2015).

193 Yucesoy v. Uber Technologies, Inc. et al. Case no: 1:14-cv-13938. Bu dava daha sonra O'Connor v. Uber davası ile birleştirilmiştir.

194 **CORRÊA**, 2018, s. 650.

195 **SANTOS SILVA**, 2017, s. 7.; **CORRÊA**, 2018, s. 644.

196 **CORRÊA**, 2018, s. 647.

disini nasıl gösterdiğinden ziyade, gerçekte ne yaptığının belirlenmesi gerekir. Bunun için platform üzerinden yapılan işlemler ile analog işlemlerin karşılaştırılarak platformun görülen hizmete ne ölçüde müdahalede bulunduğunun belirlenmesi yol gösterici olabilir[197]. Uber bakımından böyle bir karşılaştırma yapıldığında ortaya çıkan sonuç dikkat çekicidir. Buna göre, geleneksel modelde bir yolcu, yolculuk öncesinde sürücü ile pazarlık edebilir, beğendiği sürücünün telefonunu alarak kendisiyle tekrar yolculuk yapmak isteyebilir. Oysa Uber üzerinden yapılan yolculuklar için bu mümkün değildir. Zira sürücü-yolcu eşleştirmeleri Uber tarafından kullanılan algoritmalar aracılığıyla otomatik olarak yapılmakta ve ücret Uber tarafından belirlenmektedir. Nitekim açılan davada California Eyalet Mahkemesi de, Uber'in teknolojik altyapı kullanan bir taşıma şirketi olduğu değerlendirmesinde bulunmuştur[198].

Dava sırasında Uber, sürücülerle anlaşarak "*settlement*" yaptıkları mile göre sürücülere toplamda 100 milyon dolar ödemeyi kabul etmiş, ancak bu anlaşma miktarı yetersiz bulunarak hakim tarafından kabul edilmemiştir[199]. Bu durum, Uber'in sürücülerini serbest çalışan olarak göstermek suretiyle kurtulduğu işçilik maliyetinin ne derece yüksek olduğunu göstermek bakımından ilgi çekicidir. Bununla birlikte, hâkimin anlaşmayı onaylamamasını takiben temyiz mahkemesi, Uber'in sürülerle yaptığı sözleşmelere koyduğu tahkim klozlarının büyük ölçüde geçerli ve uygulanabilir olduğuna karar vermiş ve bu sayede Uber çok sayıda sürücüyü tahkime zorlamıştır[200]. Bu durum karşısında açılan topluluk davasında temsil edilen sürücü sayısı 385.000'den 13.600'e düşmüş ve son olarak Uber'in sürücülere 20 milyon dolar ödemeyi taahhüt ettiği anlaşma onaylanmıştır[201].

---

197 **GARDEN** et.al., 2018, s. 457.

198 **GARDEN** et.al., 2018, s. 454. Avrupa Adalet Divanı da 2017 yılında, İspanya'da görülen rekabet hukuku ile ilgili bir davaya ilişkin ön kararında Uber'in sunduğu hizmetin aracılık hizmetinden ibaret olmadığına ve platformun ulaşım alanında hizmet sunduğuna karar vermiştir. ECJ Judgment in Case C-434/15, Asociación Profesional Elite Taxi v Uber Systems Spain SL. Bu kararla ilgili detaylı bir inceleme için bkz. GOMES Barbara, "Les plateformes en droit social", **Revue de droit du travail**, 2018, s. 1-6.

199 **CORRÊA**, 2018, s. 652-653.

200 Amerika'da açılan davalardan tedirgin olan platform şirketleri davaların sonuçlandırılmasına fırsat tanımadan çalışanlarla anlaşma yoluna gitmekte, çalışanlarına toplu dava açma "*class action*" hakkından feragat ettiklerine ve platformla aralarındaki uyuşmazlıkları tahkim yoluyla çözeceklerine dair tahkim şartları imzalatmaktadır.

201 https://www.engadget.com/2019-03-13-uber-pay-20-million-settle-drivers-lawsuit.html, (Erişim Tarihi: 26.01.2021). https://www.nbcnews.com/news/us-news/uber-pay-20m-settlement-drivers-which-one-expert-sees-mostly-n982561, (Erişim Tarihi: 26.01.2021).

B. İsviçre'deki Uber Davaları

İsviçre'de henüz yüksek yargı bakımından verilmiş bir Uber kararı bulunmamaktadır. Bununla birlikte İsveç Ulusal Kaza Sigorta Fonu (SUVA), 2016 yılında bütün işletmesel riski kendisinin üstlenmesi ve sürücülerin platformun kurduğu organizasyon kapsamında çalışıyor olması karşısında, Uber'in sürücülere karşı işveren niteliği taşıdığına ve sürücülerin zorunlu kaza sigortası primlerini ödemesi gerektiğine karar vermiştir. Uber, Zurih Sosyal Güvenlik Mahkemesine başvurarak karara itiraz etmiştir. Mahkeme sosyal sigorta primlerinden Uber İsviçre'nin mi, yoksa Uber'in Avrupa'daki merkezi olan Uber BV'nin mi sorumlu olacağının mevcut verilere göre belirlenmesi mümkün olmadığına karar vererek, dosyayı SUVA'ya geri göndermiştir[202].

Öte yandan 4 Mayıs 2019 tarihinde, Vaud Kantonu Mahkemesi bir Uber sürücüsünün işçi olduğuna karar vermiştir[203]. Davaya konu olan olayda UberPop sürücüsü olan davacının uygulamaya erişimi müşteri şikayetleri üzerine kaldırılmıştır. Mahkeme sürücünün uygulamaya erişiminin engellenmesinin, hakkında yapılan şikayetler konusunda bilgilendirilmemiş ve kendisine savunma hakkı tanınmamış olması nedeniyle haksız fesih niteliği taşıdığına ve iki aylık ücreti tutarında haksız fesih tazminatı ödenmesine karar vermiştir. Uber, karara karşı temyize başvurmuştur. Federal Mahkeme'nin konu hakkında vereceği kararın İsviçre'deki tüm Uber çalışanları bakımından önemli sonuçlar doğuracağı açıktır[204].

C. İngiliz İstinaf Mahkemesinin Uber Kararı

İngiliz Hukukunda bir iş görme edimi yerine getiren kişiler, işçiler "*employees*", çalışanlar "*workers'*'[205] ve bağımsız çalışanlar "*independant contractors*" olmak üzere üç grupta sınıflandırılmaktadır[206]. İngiliz huku-

---

202 https://www.rts.ch/info/economie/9731406-victoire-partielle-duber-a-zurich-au-sujet-des-cotisations-sociales.html, (Erişim Tarihi: 26.01.2021).

203 https://www.agefi.com/home/entreprises/detail/edition/online/article/un-ancien-chauffeur-duberpop-a-obtenu-gain-de-cause-devant-la-justice-vaudoise-le-tribunal-des-prudhommes-de-lausanne-a-reconnu-jeudi-son-statut-de-salarie-ce-serait-une-premiere-en-suisse-487491.html.

204 Türk ve İsviçre hukukunda haksız fesih kavramıyla ilgili olarak bkz. TOLU Hazal, **İş Sözleşmesinin Haksız Feshi**, Beta, İstanbul, 2017, s. 41.

205 ERA section 230/III (b) uyarınca "çalışan", iş sözleşmesi dışında açık ya da zımni, (açıkça belirtilmişse) sözlü ya da yazılı herhangi bir diğer sözleşme ile kendisinin yürüttüğü mesleğin veya işlettiği işletmenin müşterisi ya da tüketicisi olmayan sözleşmenin bir diğer tarafı için şahsen bir iş gören ya da hizmet sağlayan veya bunları yapmayı taahhüt eden kişidir.

206 İngiliz hukukundaki bu ayrımının karmaşa yaratarak idari giderleri (compliance and administrative costs) arttırdığı, buna karşılık, çalışanların korunması konusunda ne derece başarılı ol-

kunda, işçilere uygulanan kanunların yalnızca bir kısmı çalışanlar hakkında da uygulanır. Bunlar, İşçi Hakları Yasası 1996 (ERA), Çalışma Süreleri Yönetmeliği 1998 (WTR) ve Ulusal Asgari Ücret Yasası 1998 (NMWA)'dır. Buna karşılık bu kişiler hakkında ihbar süresi, iş sağlığı ve güvenliği, feshe karşı korumaya ilişkin kurallar uygulanmaz. Bunun gibi çalışanlar, sosyal güvenlik primlerini de kendileri öder.

Amerika'da açılan O'Connor v. Uber davasından iki yıl sonra Londra'da 21 Uber sürücüsü, Uber tarafından bağımsız çalışan olarak değerlendirildikleri ve bu nitelendirmenin hukuken hatalı olduğu gerekçesiyle dava açmışlardır[207].

Davada Uber, kendisinin sürücüler ile yolcular arasında aracılık yapan bir teknoloji şirketi olduğunu, bir taşıma hizmeti sunmadığını ileri sürmüştür. Buna göre, taşımacılık ruhsatı alınması gibi birtakım idari yükümlülüklerin Uber tarafından yerine getiriliyor olması Uber'in bir taşıma şirketi olduğu ve sürücülerin Uber'in işçisi olduğu anlamına gelmemelidir. Uber doğrudan bir taşıma hizmeti sunmamakta, yalnızca bu hizmeti sunmak isteyen sürücüler ve yolcular için gerekli teknolojik alt yapıyı sağlamaktadır. Bunun gibi Uber ile sürücüler arasında imzalanan sözleşmede sürücülerin bağımsız çalışan oldukları açıkça ifade edilmektedir.

Mahkeme ise taraflar arasındaki anlaşmada kullanılan terimlere bakılmaksızın, sözleşmenin gerçek hukuki niteliğinin hâkim tarafından belirleneceğinin altını çizdikten sonra, taraflar arasındaki fiili ilişkiyi detaylı olarak değerlendirmiştir. Buna göre, sürücüler sisteme dahil edilmeden önce Uber tarafından mülakata tabi tutulmakta, platform yolcuların ismi, iletişim bilgisi, hedeflenen varış noktası gibi bilgileri elinde tutmakta ve bu bilgileri şoförlerle paylaşmamakta ve sürücülerin yolcuların iletişim bilgilerini almaları Uber ile yapılan anlaşmanın ihlali olarak kabul edilmektedir. Bunun gibi, yolculuk rotası ve ücreti Uber tarafından belirlenmekte, şoförlere görevlerini nasıl yerine getirecekleri konusunda talimat verilmekte ve buna uyulup uyulmadığı denetlenmektedir. Bunun da ötesinde, puanlama sistemi aracılı-

---

duğunun tartışılabilir olduğu görüşünde, ADAMS Abi / FREEDMAN Judith / PRASSL Jeremias, "Rethinking Legal Taxonomies for the Gig Economy", **Oxford Review of Economic Policy**, Vol. 34, Issue 3, 2018, s. 489.

[207] Employment Tribunals London, 28 oct. 2016, Uber London Ltd- Uber Britannia Ltd. V. Y. Aslam & J.Farrar & others, case n. 2202551/2015. Bu karara karşı Uber tarafından yapılan istinaf başvurusu sonucunda verilen red kararı için bkz. Employment Appeal Tribunal, 10 nov 2017, n. UKEAT/0056/17/DA.

ğıyla sürücülerin performansları değerlendirilmekte ve gerektiğinde disiplin prosedürü uygulamaya konulmaktadır.

Sürücülerden alınacak komisyonun miktarı Uber tarafından önceden tek taraflı olarak kararlaştırılmakta ve sürücülerin Uber üzerinden yaptıkları yolculuk sayısı arttıkça Uber'in aldığı komisyon azalmaktadır. Yolcular tarafından yapılan şikâyetler Uber tarafından sonuca bağlanmaktadır. Bu kapsamda, para iadesine karar verme yetkisi Uber'e aittir. Uber, anlaşma koşullarını tek taraflı olarak değiştirme yetkisini elinde tutmaktadır. Sürücü yapılan değişikliği kabul etmediği takdirde sisteme giriş yapamamaktadır.

Sürücü aynı anda başka bir firmada çalışabilmekte ise de performansa göre azalan komisyon oranlarıyla münhasıran Uber'e bağlı çalışma teşvik edilmektedir. Uygulamayı aktive edip etmemek her ne kadar sürücünün takdirinde ise de platformdan atılmamak için sürücünün çevrimiçi iken gelen çağrıların en az %80'ini kabul etmesi zorunludur. Üst üste üç kez çağrının reddedilmesi halinde sürücü 10 dakika boyunca uygulamayı kullanmaktan menedilmektedir.

Son olarak sürücü, kendisine gelen yolculuk çağrısını kabul ederken ne yolculuğun rotasını ne de ekonomik değerini bilmektedir. Diğer bir ifadeyle, sürücü yerine getireceği işin kar ve zarar getirisi konusunda karar verme özgürlüğüne sahip değildir.

Tüm bu bilgiler ışığında Mahkeme, Uber'in ileri teknoloji içerikli taşıma şirketi olduğuna, sürücüler üzerinde taşıma hizmeti sunmak için gerekli idari yükümlülüklerin (PHV operators' licence) ötesinde bir denetim ve yönetim yetkisine sahip olduğuna, çalışmaya yetkili kılındıkları sahada bulunan, uygulama üzerinden çevrimiçi olan ve gelen çağrıları kabul etmeye uygun ve istekli olan sürücülerin kendi adına çalışan bağımsız yükleniciler değil, fakat çalışan "*worker*" statüsünde olduğuna karar vermiştir. Zira anılan şartlarda çalışan kişilerin, kendi ad ve hesaplarına bir işletme işlettiklerini söylemek mümkün değildir[208].

D. Fransız Yargıtay'ının Uber Kararı

Avrupa'da Uber'e karşı açılan davalar serisine son olarak Fransa katılmıştır. Fransız Yargıtay'ı 4 Mart 2020 tarihinde Uber ile sürücüler arasındaki sözleşmenin iş sözleşmesi olduğuna karar veren İstinaf Mahkemesi Kara-

[208] **CORRÊA**, 2018, s. 644.

rına karşı yapılan başvuruyu reddederek, sürücülerin işçi sıfatını haiz olduğuna karar vermiştir[209].

Fransız hukukunda iş sözleşmesini karakterize eden temel unsur olan bağımlılık ilişkisi işçinin işverenin otoritesi altında iş görme edimini yerine getirmesi ile işverenin işçiye emir ve talimat verme yetkisinin bulunması, işin görülmesi sırasında denetim hakkını icra etmesi ve son olarak işin görülmesi sırasında yapılan yanlışlıklara karşı yaptırım uygulama yetkisinin bulunması; kısaca işverenin işçi üzerindeki yönetim, denetim ve disiplin yetkisi olarak tanımlanmaktadır[210]. Bunun yanında işçinin, çalışma koşulları işveren tarafından tek taraflı olarak belirlenmiş bir iş organizasyonu kapsamında iş görme edimini yerine getiriyor olması da bağımlılık ilişkisini gösteren unsurlar arasında kabul edilmiştir.

Kararda sürücülerin, tamamen Uber tarafından kurulan ve organize edilen bir ulaşım hizmetini ifa ettiği, söz konusu hizmetin uygulama olmaksızın tek başına var olamayacağı zira sürücülerin kendi müşteri çevrelerinin ve sunulan hizmet karşılığında ödenecek ücreti belirleme serbestilerinin olmadığı ifade edilmiştir. Bunun dışında sürücülerin, gidilecek güzergahı seçmek konusunda da Uber'e tabi oldukları aksi takdirde yolculuğa uygulanacak tarifede Uber'in değişiklik yapma yetkisinin bulunduğu, diğer bir ifadeyle Uber'in sürücülere emir ve talimat verme yetkisinin bulunduğu, çoğu kez sürücülerle gidecekleri adresin dahi paylaşılmadığı ve bu nedenle sürücülerin yolculuğun kendileri bakımından uygun olup olmadığını değerlendirme imkanlarının bulunmadığı, Uber'in gelen çağrıları üç kereden fazla reddeden, önceden kabul ettiği çağrıyı daha sonra reddeden ve yolculuk sırasında tavır ve davranışlarıyla yolculara rahatsızlık verdiği anlaşılan sürücüleri uygulamadan geçici veya sürekli olarak men etme, kısaca disiplin yetkisinin bulunduğu ve tüm bu unsurların sürücülerin iş görme edimlerini Uber'in gözetim, denetim ve disiplin yetkisi altında yerine getirdiklerini gösterdiği ifade edilmiştir. Kararda Fransız Yargıtay'ının sürücünün hizmetin ifası sırasında serbestiye sahip olmadığını gösteren unsurlar ile hizmetin tamamıyla Uber tarafından organize edildiğini gösteren unsurlara dikkat çekmesi, platform çalışanları bakımından bağımlılık unsurunun *"karar verme serbestisinin bulunmaması"* ile *"platform tarafından organize edilen bir sisteme*

---

[209] Soc. 4 mars 2020, n° 19-13.316.

[210] VAN DEN BERGH Kieran. "Plateformes numériques de mise au travail: mettre en perspective le particularisme français", **Revue de droit du travail**, 2019, s.5.

entegrasyon" üzerine şekillendiğini göstermektedir. Belirtmek gerekir ki, kararda yer verilen unsurların hiçbiri tek başına sürücülerin işçi olduklarını göstermeye yeterli değildir. Ancak toplu resme bakıldığında Uber'in sürücülere empoze ettiği çalışma koşulları ile disiplin kuralları, platform ile sürücüler arasında bir iş sözleşmesinin bulunduğunu göstermektedir. Bunun gibi kararda her ne kadar sürücülerin yolculuğa ilişkin süreçte karar verme serbestilerinin olmadığı üstünde durulmuşsa da, asıl önemli ve dikkati çeken nokta sürücülerin Uber tarafından inşa edilen çarkın küçük bir dişlisinden ibaret olmaları, kısaca Uber tarafından kurulan bir organizasyona bağlı olarak çalışıyor olmalarıdır.

2. Diğer Kararlar

Değinilen kararlar Uber ile ilgiliyse de, farklı dijital platformlar açısından da verilen kararlara rastlanmaktadır. Bu kapsamda ilk olarak Fransız Mahkemelerinin Take Eat Easy adlı platform hakkında verdiği karar ele alınabilir. Take Eat Easy, kullanıcılarına yemek sipariş etmeleri halinde kurye hizmeti sunan bir platformdur. Kuryeler, verilen siparişi restorandan teslim alarak adresini mobil uygulama üzerinden gördükleri müşterilere teslim ederler. Platform çalışanları siparişin teslimi için kendi bisiklet ve cep telefonlarını kullanırlar. Anılan platform üzerinden geçimini sağlayan bu kişiler platformun işçisi oldukları ve İş Kanunu'nun kendileri bakımından uygulanması gerektiği gerekçesiyle Fransa'da dava açmışlardır. Açılan davada Fransız İstinaf Mahkemesi, çalışanların işçi olduklarına ilişkin iddialarını, taraflar arasında hukuki ve ekonomik bağımlılık ilişkisinin bulunmadığı gerekçesiyle reddetmiştir[211]. Zira, çalışanlar çalışma saatlerini kendileri belirleyebilmekte ve münhasıran bir platforma bağlı olarak çalışma zorunlulukları bulunmamamaktadır. Kararda platformun, paylaşım ekonomisinde yer alan bir aracı olduğu, alıcılar (restoranlar) ile kuryelerin bir araya gelmesini sağladığı ifade edilmiştir. Oysaki taraflar arasındaki ilişki daha detaylı olarak incelendiğinde platformun kuryeler üzerinde gözetim ve denetimde bulunduğu, işin görülme biçimini organize ettiği görülmektedir[212]. Bu nedenle, 28 Kasım 2018 tarihinde Fransız Yargıtay'ı, bağımlılık ilişkisi temelinde farklı bir değerlendirmede bulunarak kuryelerin işçi statüsünde olduğuna karar vermiştir[213]. Buna göre hizmetin ifası için zorunlu olan akıllı telefon uygulaması, aynı zamanda işverenin kuryeleri sürekli denetim ve gözetim altında tutmasını sağla-

---

[211] Paris, pôle 6, 2e ch., 20 avr. 2017 n° 17/00511.

[212] Bu konuda daha detaylı bir inceleme için bkz. **COURCOL-BOUCHARD,** 2018, s. 4-8.

[213] Soc. 28 nov. 2018, n° 17-20.079.

makta, bağımlılık ilişkisi söz konusu uygulama üzerinden kurulmaktadır[214]. Bunun gibi platform, dijital araçlar ile işin yürütümünü organize etmekte, çalışanları kontrol ederek çeşitli direktifler vermekte ve verilen direktiflere uymayan çalışanlar hakkında birtakım yaptırımlar uygulamaktadır[215]. Buna karşılık söz konusu bağımlılık ilişkisi yalnızca çalışanların sistemde çevrimiçi olduğu zamanlarda kurulmakta, buna karşılık platform çalışanlara çevrimiçi olma zorunluluğu getirmemektedir[216]. Ayrıca getirilen *bonus malus* sistemleri ile çalışanların mümkün olduğu kadar uzun süre çevrimiçi olması teşvik edilerek, çalışanların çevrimiçi olacakları zamanları seçme yönündeki iradeleri etki altına alınmaktadır. Tüm bunlar karşısında çalışanların sahip olduğu sınırlı serbesti, onları bağımsız çalışan olarak nitelendirmeye yetecek boyutta değildir[217].

İngiliz Mahkemelerinin verdiği Deliveroo kararı platform çalışanlarının hukuki statüsü hakkında verilen kararlara diğer bir örnektir. Deliveroo kurye hizmeti sunan ve Uber ile pek çok konuda benzerlik gösteren bir platformdur. Hatta söz konusu platformda çalışanlar Uber'de olduğu gibi çalışma sürelerini belirlemede mutlak bir serbestiye sahip değildir. Zira, her bir kuryenin haftalık çalışma vardiyaları platform tarafından hafta başında ilan edilmektedir. Ancak söz konusu platforma kayıtlı çalışanların hukuki statüsünü inceleyen İngiliz mahkemeleri, Uber kararından farklı olarak, bu kişilerin bağımsız çalışan olduklarına karar vermiştir. Bunun nedeni, platform üzerinden çalışan bisikletli kuryelerin borçlarını şahsen ifa etmekle yükümlü olmamaları ve yerlerine başka bir kişiyi ikame edebilmeleridir. Mahkeme kuryelerin yerlerine başka birilerini yetkilendirebiliyor olmalarını iş ilişkisini dışlayan bir unsur olarak değerlendirmiştir[218].

VI. PLATFORM ÇALIŞANLARININ YASAL HAKLARININ DÜZENLENMESİ

1. İşçi ve Bağımsız Çalışan Arasında Bir Ara Kategori Yaratılması

İş sözleşmesiyle bağımlı olarak çalıştığı tespit edilen kişiler, modern iş hukukunda öngörülen güvencelerden yararlanmaktadır. İş gören kişi işçi olarak nitelendirilmediği sürece iş mevzuatındaki koruyucu hükümlerin kap-

---

214 **VAN DEN BERGH,** 2019, s. 4.

215 **VAN DEN BERGH,** 2019, s. 5.

216 **FABRE** et.al., 2017, s. 4.

217 **VAN DEN BERGH,** 2019, s. 5.

218 Independent Workers' Union of Great Britain v. Roofoods Ltd t/a, C.A.C., 14 nov. 2017 (TUR1/985(2016); **VAN DEN BERGH,** 2019, s. 3-4.

samı dışında kalmaktadır[219]. Ancak toplumda iş sahibine kişisel ve hukuki açıdan bağımlı olmadığı ve emir ve talimatına girmediği ya da çok düşük düzeyde girdiği için bağımsız çalışan gibi görünen, buna karşın iş sahibine ekonomik açıdan bağımlı olan ve işçiler gibi sosyal açıdan korunma ihtiyacı duyan kişilerle de karşılaşılmaktadır. Kişisel/hukuki bağımlılık unsuru işçiler gibi yüksek düzeyde olmadığından ötürü bu nitelikteki kişiler, yukarıda da belirtildiği üzere işçi benzeri konumundaki kişiler (Arbeitnehmerähnliche Personen/Employee-like person) olarak nitelendirilmektedir. Bu itibarla işçi benzeri kavramı, klasik nitelikteki işçi ve bağımsız çalışan kategorilerinin yanında üçüncü bir kategoriyi oluşturmaktadır[220].

Üçüncü kategori oluşturulması, işçi kavramının genişletilmesi ya da işçi kavramına alt bir kategori getirilmesi şeklinde de yorumlanabilir. Ancak kanaatimizce üçüncü kategorinin getirilmesinin nedeni, öğretide de isabetli olarak belirtildiği üzere iş hukukunun koruyucu hükümlerin işçi olmayan ama korunma ihtiyacı içinde olduğu tespit edilen kişilere yansıtılması yönünde ortaya çıkan ihtiyaçtır[221]. Zira işçi benzeri konumundaki kişiler de, ekonomik bağımlılıklarından ötürü işçilere benzer şekilde iş sahibi karşısında zayıf konumda bulunmakta olup, aralarındaki hukuki ilişkinin şekillendirilmesinde de iş sahibi üstün konumdadır[222].

---

[219] KELAT Karen, "Die arbeitnehmerähnliche Person - Begriff und rechtliche Stellung im Arbeitsrecht", **Freilaw - Freiburg Law Students Journal**, No: 3, 2017, s.80.

[220] MAYER Hans-Jochem, **Kündigungsschutzrecht** (hrsg. von Inken Gallner, Wilhelm Mestwerdt, Stefan Nägele), 6. Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2018, KSchG §1, rn.28. KELAT, s. 81. HERRMANN Christoph, **Arbeitsrecht, StichwortKommentar, Alphabetische Gesamdarstellung** (hrsg. Von Isabella Grobys, Andrea Panzer-Heemeier), 3. Auflage, Edition 13, Nomos, Baden Baden, 2020, Arbeitnehmerähnliche Person, rn.1, 3. KLEBE Thomas, "Crowdwork: Faire Arbeit im Netz?", **Arbeit und Recht**, Vol.64, No.7, Juli 2016, s.280. DE GROEN ve diğ., **Digital Age - Employment and Working Conditions of Selected Types of Platform Work - National Context Analysis: Austria**, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions (Eurofound), 2018. s.13. SPINNER Günter, **Münhener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5, Schuldrecht - Besonderer Teil II** (hrsg. von Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker, Bettina Limperg), 8. Auflage, C.H. Beck, München, 2020, BGB §611a, rn.130. Üçüncü kategoriyi oluşturduğu belirtilen kişiler için sadece işçi benzeri kavramı kullanılmamaktadır. Aynı anlamda olmakla birlikte yarı bağımlı (quasi-subordinate) çalışan, ekonomik açıdan bağımlı özerk çalışma (economically dependent autonomous work), ekonomik açıdan bağımlı kendi hesabına çalışan kişi (economically dependent self-employed person) kullanımlarıyla da karşılaşılmaktadır (**DULAY YANGIN**, 2020, s.1224. PERULLI Adalberto, "The Legal and Jurisprudential Evolution of the Notion of Employee", **European Labour Law Journal**, Vol.: 11(2), 2020, s.126. TIČAR Luka, "The ILO Concept of Economic Dependence in Slovenian Labour Law", **Zbornik PFZ**, 70(4), 2020, s.522).

[221] **PERULLI**, 2020, s.126.

[222] WIEBAUER Bernd, **Gewerbeordnung und Ergänzende Vorschriften, Band I - Gewerbeordnung Kommentar** (Robert von Landmann, Gustav Rohmer - Begr.), 84. Ergänzungslieferung, C.H. Beck, München, 2020, ArbSchG §2, rn.34.

Hukukumuzda özellikle evde çalışanlar ve tele çalışanlar açısından işçi benzeri kavramının ele alındığı ve tartışıldığı tespit edilmektedir[223]. Ancak öğretide, işverenin iş organizasyonu kapsamında istihdam edildiği sürece bağımlılık ilişkisinin bulunduğu ve evde çalışanlar ile tele çalışanların işçi sayılmasının olanaklı olduğu sonucuna ulaşılmaktadır[224]. Evde çalışanlar ve tele çalışanların yanı sıra hukukumuzda işçi benzeri kavramıyla ilişkilendirilebilecek diğer çalışan grupları, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu (STİSK) md.2/4'de düzenlenmiştir. İlgili hüküm uyarınca iş sözleşmesi dışında ücret karşılığı iş görmeyi taşıma, eser, vekâlet, yayın, komisyon ve adi şirket sözleşmesine göre bağımsız olarak meslekî faaliyet olarak yürüten gerçek kişiler de işçi sayılmış ve işçi sendikası kurmalarına olanak sağlanmıştır. Her ne kadar söz konusu kişiler, işçi sendikası kurabilecekse de, iş sözleşmesiyle çalışmadıkları açıkça vurgulandığından, toplu iş sözleşmesi yapmaları ve toplu iş sözleşmesinden yararlanmaları olanaklı değildir. Nitekim STİSK md.2/1-h. bendinde açıkça ifade edildiği üzere toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesine ilişkin hususları düzenlemek üzere işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında yapılan sözleşmedir[225]. Değinilen hususlar dışında hukukumuzda işçi benzeri kategorisinin açıkça kabul edildiği ve düzenleme konusu yapıldığı bir düzenlemeye rastlanmamaktadır. Her ne kadar hukuk sistemimizde işçi benzeri kategorisi bulunmamaktaysa da, yabancı ülkelerdeki işçi benzeri olarak nitelendirilebilecek ara kategoriye ilişkin düzenlemelerin ve söz konusu çalışan grubunun hangi haklardan ne düzeyde yararlandırıldığının tespiti, dijital platform üzerinden çalışan kişilerle ilgili oluşturulacak yasal düzenleme açısından fikir verebilecektir.

---

223 Uzaktan çalışanlarla ilgili işçi benzeri tartışması için bkz.; ENGİN Murat, "Atipik İstihdam Biçimleri ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar (Özellikle Ödünç İş İlişkisi ve Evde Çalışma)", **Çalışma Hayatında Esneklik ve İş Hukukuna Etkileri, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2000 Yılı Ekim Toplantısı**, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul, 2002, s.134-135. AYDINÖZ Gonca, İş Hukukunda Tele (Uzaktan) Çalışma, yayımlanmamış doktora tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2014, s.43 vd. CİVAN Orhan Ersun, "İş Hukukunda Uzaktan Çalışma (Evde Çalışma/Tele Çalışma)", **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Cilt: 7, Sayı: 26, 2010, s.544-545.

224 SÜZEK Sarper, **İş Hukuku**, 19. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2020, s.268-269, 273-274. ÇELİK ve diğ., **İş Hukuku Dersleri**, 32. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2019, s.220. MOLLAMAHMUTOĞLU ve diğ., s.149-150. ALP Mustafa, "Tele Çalışma (Uzaktan Çalışma)", **Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan**, Cilt: 1, Beta Yayınevi, İstanbul, 2011, s.804-822. DULAY Dilek, **Türk İş Hukukunda Evde Çalışma**, Turhankitabevi, Ankara 2016, s.86 vd DOĞAN Sevil, **İş Sözleşmesinde Bağımlılık Unsuru**, Seçkin, Ankara, 2016, s.304-305. **CİVAN**, 2010, s.548-549.

225 STİSK uyarınca iş sözleşmesiyle çalışmamakla birlikte işçi sendikası kurabilecek kişiler hakkında bilgi için bkz.; **SÜZEK**, 2020, s.135-136. **ÇELİK ve diğ.**, 2019, s.803-804. AKYİĞİT Ercan, "Yeni Sistemde Sendika Üyeliği ve Güvencesi", **Çalışma ve Toplum**, 2013/2, 43.

A. Almanya ve Avusturya Örneği

a. İşçi Benzeri Olarak Sınıflandırmada Dikkate Alınan Kriterler

Alman mevzuatında Toplu İş Sözleşmesi Kanunu (Tarifvertragsgesetz - TVG) §12a'da "işçi benzeri kişiler" başlığı altında açıkça yer verildiği üzere bir kişinin işçi benzeri olarak nitelendirilebilmesi için ekonomik bağımlılık ve işçiler gibi sosyal korunma ihtiyacı olmak üzere iki temel unsur aranmaktadır. Aynı kriterler Avusturya hukuku açısından da geçerlidir[226].

Söz konusu iki koşul çok katı yorumlanmamaktadır. İşçi sıfatı bulunulmamasına karşın kişisel ifa borcu altında bulunulduğu, edim konusunu oluşturan ürün veya hizmet üzerindeki tasarruf yetkisi ile ekonomik riskin işverene devredildiği, bunun karşılığında işverenden belirli zamanlarda belirli bir ücret almanın söz konusu olduğu durumlarda ekonomik bağımlılığın varlığından söz edilmektedir[227]. Önemli olan husus, kişinin iş sahibine sunduğu işgücü karşılığında elde ettiği ücretin, geçimi açısından asli kaynak niteliğini taşıyıp taşmadığıdır[228]. Ekonomik bağımlılığın var olup olmadığının tespitinde taraflar arasındaki sözleşmenin niteliği önem taşımaz. Taraflar arasındaki sözleşme, eser sözleşmesi olabileceği gibi, vekalet sözleşmesi de olabilir. Diğer bir deyişle taraflar arasındaki sözleşmenin tipi, kişinin işçi benzeri olarak nitelendirilip nitelendirilmemesinde tek başına önem taşımamaktadır[229]. Dikkat edilmesi gereken husus, devamlılık arz edecek şekilde kişinin iş görme edimini sunmasıdır[230].

Yeri gelmişken belirtilmelidir ki, tek seferlik ya da kısa süreli bir işin üstlenildiği[231] yahut işi alan kişinin kendi emeğinin yanı sıra başa kişilerin de yardımıyla işi tamamladığı hallerde, ekonomik bağımlılığın varlığından söz

---

[226] INTERNATIONAL LABOUR OFFICE (ILO), **Regulating the Employment Relationship in Europe: A guide to Recommendation No. 198**, Geneva, 2013, s.23.

[227] **ENGİN**, 2002, s.134-135.

[228] BAG, Urt. v. 17.01.2006, 9 AZR 61/05, BeckRS 2006, 42231. BAG, Urt. v. 21.02.2007, 5 AZB 52/06, NZA 2007, 699.

[229] **KELAT**, 2017, s.81. Öğretide hasılat kirasına ilişkin sözleşme, franchise sözleşmesi, hizmet sağlama sözleşmesi, ürün temini sözleşmeleri gibi sözleşmeler kapsamında iş gören kişilerin de işçi benzeri olarak nitelendirilebileceği hallerle karşılaşılabileceği belirtilmektedir (HERRMANN, Arbeitnehmerähnliche Person, rn.16. FRANZEN Martin, **Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht** (hrsg. von Rudi Müller-Glöge, Ulrich Preis, Ingrid Schmidt), 20. Auflage, C.H. Beck, München 2020, TVG §12a, rn.6).

[230] BRAMESHUBER Elisabeth, "The 'personal work relationship' in Austria", **European Labour Law Journal**, Vol.: 10(3), 2019, s.190.

[231] BAG, Urt. v. 06.12.1974, 5 AZR 418/74, AP BGB §611 AbhängigkeitNr. 14.

etmek güçtür[232]. Burada değinilmesi gereken bir konu da kişinin, birden fazla kişi yanında iş görmesi halinde ekonomik bağımlılığın ortadan kalkıp kalmadığıdır. Ekonomik bağımlılığın varlığından söz edilebilmesi için sadece kişinin tek bir işverenden iş alması zorunlu değildir. İşçi benzeri konumunda olup olmadığı tartışmalı olan kişinin birden fazla işveren için çalıştığı fakat gelirinin önemli bir kısmını işverenlerden birinden sağladığı hallerde de ekonomik bağımlılığın varlığından bahsedilecektir[233]. Alman Federal İş Mahkemesi de bir kararında[234] işçi benzeri konumundaki kişinin geçimini sağlamasında bir iş sahibinin etkin olduğu hallerde, zaman zaman başka iş sahipleri için iş görülmesinin ekonomik bağımlılığın varlığını ortadan kaldırmayacağına hükmetmiştir. Aynı zamanda Alman Toplu İş Sözleşmesi Kanununda da iş gören kişinin yıllık gelirinin yaklaşık olarak yarısı ve daha fazlasını bir iş sahibinden elde ettiği durumlarda, iş gören kişinin diğer koşulların da varlığı halinde işçi benzeri olarak nitelendirilmesi kabul görmüştür (§12a/1-1-b). Kanaatimizce hukuki statüsü belirlenmeye çalışılan kişinin işçi benzeri olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğinin belirlenmesinde önem kazanan husus, kişinin iş gücünü talep eden herkese arz etmemesi, bir veya birkaç kişi, kurum, kuruluş ya da firmaya sunmasıdır[235].

İşçi benzeri kişilerin belirlenmesinde diğer bir kriter ise işçiler gibi sosyal korunma ihtiyacı içinde bulunulmasıdır. Alman Federal İş Mahkemesinin bir kararına[236] göre sosyal korunma ihtiyacı, bağımlılık düzeyinin iş sözleşmesindeki düzeyle ve sosyal özelliklerine göre yerine getirilen edimin işçiler tarafından görülen işlerle kıyaslanabildiği hallerde söz konusudur. Federal İş Mahkemesinin kararı oldukça soyut niteliktedir. Bu kapsamda çeşitli faktörlerden hareket edilebileceği, özellikle kişinin kazancının düşük olmasının sosyal korunma ihtiyacının varlığına güçlü bir karine teşkil edeceği ileri sürülmektedir. Ancak kazanç unsuru tek başına bir gösterge olarak algılanmamalıdır. Zira yüksek düzeyde ücret alan kişiler de sosyal korunma ihtiyacı içinde olabilir[237]. Dolayısıyla iş gören kişinin işçiler gibi yıllık izin, emeklilik ve sağlık hizmetlerinden yararlanma ihtiyacının bulunup bulun-

---

232 LAG Köln, Beschluß v. 29.09.2003, 13 Ta 77/03, BeckRS 2004, 40781.

233 **SPINNER**, 2020, BGB §611a, rn.132.

234 BAG, Urt. v. 21.12.2010, 10 AZB 14/10, NZA 2011, 309.

235 **BRAMESHUBER**, 2019, s.190.

236 BAG, Urt. v. 02.10.1990, 4 AZR 106/90, NZA 1991, 239.

237 DÄUBLER Wolfgang, "Working People in Germany", **Comparative Labor Law and Policy Journal**, Vol.: 21, No: 1, 1999, s.88-89. **CİVAN**, s.544.

madığı, işi tek başına mı yerine getirdiği yoksa yardımcı bir eleman mı kullandığı ve/veya kendisine ait ayrı bir işletme organizasyonunun var olup olmadığından hareketle sosyal korunma ihtiyacı unsurunun değerlendirilmesi daha isabetli sonuçlara ulaşmamızı sağlayabilecektir[238].

İşçi benzeri kavramının nitelendirilmesiyle ilgili değinilen kriterler, tamamlayıcı hukuk kuralı niteliğinde değildir. Dolayısıyla Alman hukukunda işçi benzeri kişileri kapsayan bir toplu iş sözleşmesiyle örneğin sosyal korunma ihtiyacı kavramının genişletilmeyeceği ancak somutlaştırılabileceği kabul edilmektedir. Bu bağlamda bir kişinin işçi benzeri konumunda olup olmadığının belirlenmesinde elde edilen gelir bakımından üst sınır getirilmesinin mümkün olduğu, söz konusu sınırın aşılması halinde sosyal korunma ihtiyacının ortadan kalktığının ileri sürülebileceği benimsenmektedir[239]. Yeni teknolojik ve ekonomik gelişmeler kapsamında bir çalışan grubunun işçi benzeri kavramına dahil edilip edilemeyeceğinin belirlenmesinde değindiğimiz temel iki kriterden hareketle her somut olayın özelliğinin dikkate alınması yerinde olacaktır[240].

b. İşçi Benzeri Kavramına Dahil Edilebilecek Gruplar

Hukuk sistemlerine göre çeşitli çalışan gruplarının işçi benzeri konumundaki kişiler olarak sınıflandırıldığı görülmektedir. Örneğin Alman hukukunda evde çalışanlar (Heimarbeiter), ticari temsilciler (Handelsvertreter), sanatçılar (Künstler) ve tek kişi tarafından kurulmuş şirketi işleten kişiler işçi benzeri olarak kabul edilmektedir[241]. Avusturya'da da ev hizmetlerinde çalışanlar ve yazarlar, işçi benzeri kategorisine dahil edilmektedir[242]. Ancak işçi benzeri kategorisine dahil edilen kişiler sadece sayılanlarla sınırlı değildir. Somut olayın özelliği dikkate alınarak tiyatro müdürü[243], motosiklet yarışçısı[244], hukuk alanındaki tekrar derslerinin verilmesinde eğitici olarak görev alan avukat[245], her eğitim-öğretim dönemi için ayrı sözleşmelerle çalıştırılan öğretmen[246] de işçi benzeri olarak nitelendirilmiştir.

---

238 SUNSHINE Naomi B., "Employees as Price-Takers", **Lewis & Clark Law Review**, Vol.: 22, No: 1, 2018, s.141, dn.221. **HERRMANN**, 2020, Arbeitnehmerähnliche Person, rn.6.

239 **FRANZEN**, 2020, TVG §12a, rn.5.

240 **KELAT**, 2017, 83.

241 **HERRMANN**, 2020, Arbeitnehmerähnliche Person, rn.1. KELAT, s.80.

242 **DE GROEN ve diğ.**, 2018, s.13. **ILO**, 2013, s.9-10.

243 BAG, Urt. v. 17.12.1968, 5 AZR 86/68, AP ArbGG 1953 §5 Nr. 17.

244 BAG, Urt. v. 17.06.1999, 5 AZB 23/98, NZA 1999, 1175.

245 LAG Berlin, Urt. v.. 18.05.1998, 11 Ta 2/98, NZA 1998, 943.

246 BAG, Urt. v. 16.12.1957, 3 AZR 92/55, AP BGB §611 Lehrer, Dozenten Nr. 3.

c. İşçi Benzeri Konumundaki Kişilerin Tabi Olduğu Mevzuat

İşçi benzeri statüsüne giren kişilerin sahip oldukları haklar, Alman mevzuatında çeşitli yasa hükümlerinde özel olarak düzenlenmiştir. İşçi benzeri kişilerin çalışma koşulları toplu iş sözleşmeleriyle düzenlenebilmekte (TVG, §12a), söz konusu kişiler yıllık ücretli izin hakkından yararlandırılmakta (Mindesturlaubsgesetz für Arbeitnehmer - BurlG,§2 S.2)[247], iş sağlığı ve güvenliği hükümlerinin kapsamına alınmakta (Gesetz über die Durchführung von Maßnahmen des Arbeitsschutzes zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Beschäftigten bei der Arbeit - ArbSchG, §2 Abs.2 Nr.3), eşit işlem ilkesinin sağladığı güvence uygulanmaktadır (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz - AGG, §6 Abs.1 S.1Nr.3). Ayrıca işçi benzeri kişilerin iş sahibine karşı açılan davalara bakmakla iş mahkemelerinin görevli olduğu hüküm altına alınmıştır (Arbeitsgerichtsgesetz - ArbGG, §5 Abs.1 S.2). İşçi benzeri kişilerden ev hizmetlerinde çalışanların sosyal güvenliği bakımından da, sosyal sigorta primlerinin yarısının sigortalı tarafından, yarısının ise iş sahibi tarafından karşılanacağı öngörülmüştür (Sozialgesetzbuch-SGB, SechstesBuch- VI, §169 Nr.3). Ancak değinilen düzenleme tüm sosyal sigorta kollarıyla ilişkili olmayıp, yaşlılık sigortasına ilişkindir.

Avusturya'da ise işçi benzeri kişiler, işyerlerinde etnik köken, siyasi ve felsefi düşünce, yaş, cinsiyet ve cinsel yönelim konularında eşit muamelede bulunulmasını öngören Eşit İşlem Kanunu'nun (Gleichbehandlungsgesetz - GlBG, §1/3-2) kapsamına alınmış, iş gören kişilerin sorumluluğunu düzenleyen yasadan (Dienstnehmerhaftpflichtgesetz - DHG, §1) yararlanmaları sağlanmıştır. Değinilen son yasal düzenleme sayesinde işçi benzeri kişilerin de, işçiler gibi maruz görülebilir kusurları sonucu ortaya çıkan zararlardan sorumlu tutulmamalarının önü açılmıştır[248]. Ayrıca işçi benzeri kişiler, hem sosyal güvenlik hukuku hem de iş sağlığı ve güvenliği hukukunun (ArbeitnehmerInnenschutzgesetz - ASchG, §2) kapsamına alınmıştır. Sosyal güvenlik hukuku açısından işçi benzeri kişiler, hastalık, emeklilik, iş kazası ve işsizlik sigortalarının uygulama alanına dahil edilmiştir (Allgemeines Sozialversicherungsgesetz - ASVG, §4)[249]. Son olarak işçi benzeri kişiler ile söz-

---

[247] Yıllık ücretli izin hakkının iş gördüğü esnada kullandırılmadığı durumda, işçi benzeri kişilerin de işçiler gibi sözleşme sona erdikten sonra izin ücreti talep edebileceği yönündeki Alman Federal İş Mahkemesi kararı için bkz.; BAG, Urt. v. 15.11.2005, 9 AZR 626/04, BeckRS 2006, 41233.

[248] **DE GROEN ve diğ.**, 2018, s.7.

[249] **DE GROEN ve diğ.**, 2018, s.9.

leşmenin karşı tarafını oluşturan iş sahibi arasındaki uyuşmazlıkların iş mahkemesinde çözüleceğinin de düzenlendiği görülmektedir (Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz - ASGG, §51/3-2).

Yukarıda görüldüğü üzere işçi benzeri kişiler, işçiler için öngörülen önemli yasal düzenlemelerden yararlandırılabildiği gibi, bazı ülkelerde işçi benzeri olarak nitelendirilen belli grupların sosyal güvenliğinin sağlanmasında prim ödeme yükümlülüğü sadece kişilerin üzerine yüklenmemiş, iş sahibi kişiler de yükümlendirilmiştir. Ancak işçi benzeri kişilerin, diğer iş mevzuatı hükümlerinden kıyas yöntemiyle yararlandırılması kabul görmemektedir[250]. Bu itibarla örneğin Alman ve Avusturya mevzuatı uyarınca işçi benzeri kişiler feshe karşı korumanın ya da çalışma süreleriyle ilgili mevzuatın kapsamına alınmamıştır[251]. Her ne kadar işçi benzeri konumundaki kişiler feshe karşı koruma hükümlerinden yararlanamamaktaysa da, genel hükümler gereği bu kişilerle kurulan sözleşme sona erdirilirken de dürüstlük ve iyiniyet kuralları uygulama alanı bulmaktadır. Diğer bir ifadeyle taraflar arasındaki sözleşmenin kötüniyetle feshedilip edilmediği denetlenebilmektedir[252].

B. İspanya Örneği

İspanyol hukukunda işçi, İş Kanunu'nun 1. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre, ücret karşılığında görülebilecek bir işi, serbest iradesi ile gerçek veya tüzel kişi bir işveren adına, bu kişinin organizasyonu içinde ve onun yönetimi altında yerine getiren kişiye işçi denir. İspanyol hukukunda, iş sözleşmesini medeni, ticari ve idari sözleşmelerden ayırmak üzere yargı tarafından beş temel kriter getirilmiştir. Bunlar, çalışmanın işçinin serbest iradesine dayanıyor olması, işçinin iş görme edimini şahsen ifa ediyor olması, bağımlılık, işin başkası adına ifası (kar ve zararın işverene ait olması) ve bir ücret karşılığı iş görmedir[253].

---

[250] BAG, Urt. v. 08.05.2007, 9 AZR 777/06, AP BGB §611 Arbeitnehmerähnlichkeit Nr. 15.

[251] **MAYER**, 2018, KSchG §1, rn.28. LAMPE Christian, **Beck'scher Online-Kommentar / Arbeitsrecht** (hrsg. von Christian Rolfs, Richard Giesen, Ralf Kreikebohm, Peter Udsching), 57. Edition, C.H. Beck, 2020, BUrlG §2, rn.3a. **DE GROEN ve diğ.**, 2018, s.8. TIČAR, s.520, dn.23. **SPINNER**, 2020, BGB §611a, rn.135. Avusturya hukukunda Alman hukukundan farklı olarak işçi benzeri kişilerin yıllık izin hakkı ve toplu iş sözleşmesi bağıtlama imkanı mevcut değildir (**ILO**, 2013, s.23. **BRAMESHUBER**, 2019, s.196). Avusturya hukukunda işçi benzeri konumundaki kişilerin izinlere ilişkin kanunun kapsamına alınmamış olması ve aynı zamanda toplu iş sözleşmesi yapma olanaklarından yoksun tutulmaları eleştirilmektedir. Bu yöndeki eleştiri için bkz.; **BRAMESHUBER**, 2019, s.196-197.

[252] **KELAT**, 2017, s.84. **HERRMANN**, 2020, Arbeitnehmerähnliche Person, rn.9.

[253] TODOLÍ-SIGNES Adrian, "Workers, the self-employed and TRADEs: Conceptualisation and collective rights in Spain", **European Labour Law Journal,** Vol 10, No. 3, 2019. s. 255.

İspanya'da da sosyal taraflara danışıldıktan sonra 2007 yılında 20/2007 sayılı Kanun (Estatuto del trabajo autónomo LETA) ile serbest çalışanlar, başka bir kişinin otorite ve organizasyonuna tabi olmaksızın kişisel, doğrudan ve kendi hesabına gelir getirici ekonomik veya mesleki faaliyeti mutaden ifa eden gerçek kişiler olarak tanımlanmıştır[254]. İspanyol İş Kanunu uyarınca ayrımcılık yasağı, serbest çalışanlar hakkında da uygulanır. Bu itibarla, ayrımcılık yasağına aykırı sözleşme hükümleri geçersizdir. Bunun gibi, Serbest Çalışanlar Hakkında Kanun uyarınca bu kişiler, özel hayatın gizliliği hakkı ile psikolojik ve cinsel tacize karşı etkin bir korumadan yararlanırlar[255].

20/2007 sayılı Kanunda ayrıca, serbest çalışanlar ile ekonomik olarak bağımlı serbest çalışanlar arasındaki farkları ortaya koyan ve ekonomik olarak bağımlı çalışan kişilere birtakım güvenceler getiren yeni bir statü, ekonomik olarak bağımlı serbest çalışan "*Trabajador autónomo economicamente dependiente, "TRADE"* statüsü oluşturulmuştur[256].

İspanyol hukukuna göre TRADE statüsünde çalışanlar hem işçilerden hem de serbest çalışanlardan farklı birtakım özelliklere sahiptir. Buna göre, işçi ve TRADE'i birbirinden ayırmaya yarayan unsurlar, işin görülmesi sürecindeki bağımsızlığın derecesi, çalışanın işletmesel riski taşıyıp taşımadığı ve iş görmede kullanılan araç ve gereçlerin kime ait olduğudur[257]. TRADE statüsünde çalışanlar işçilere kıyasla işin görülmesi sırasında daha bağımsızdırlar, kendi araç gereçleriyle iş görme edimlerini ifa eder ve işletmesel riske kendileri katlanırlar. Bununla birlikte öğretide, TRADE'lerin gelirlerinin önemli ölçüde tek bir müşteriye bağlı olması karşısında, iş organizasyonlarını bu müşteriye göre adapte edecekleri ve bu kişinin dilek ve isteklerini yerine getirmeye kendilerini mecbur hissedecekleri, bu itibarla bu kişileri işçilerden ayırmanın zor olduğu haklı olarak ileri sürülmektedir[258].

TRADE, serbest çalışanlardan da birtakım farklı özellikler taşır. Buna göre, TRADE statüsünde çalışan bir kişi, gelirinin en az %75'ini tek bir kişi, şirket veya kurumdan elde eder. Diğer bir ifadeyle, yürüttükleri faaliyeti

---

254 **TODOLÍ-SIGNES**, 2019, s. 257.

255 **TODOLÍ-SIGNES**, 2019, s. 258-259.

256 TRADE kategorisinin işçi ve bağımsız çalışanlar arasında bir ara kategori olmadığı, bağımsız çalışanların bir alt kategorisi olduğu görüşünde bkz **TODOLÍ-SIGNES**, 2019, s. 258.

257 **CHERRY / ALOISI**, 2017, s.672.

258 **TODOLÍ-SIGNES**, 2019, s. 258.

doğrudan ve ağırlıklı olarak tek bir işverene hasreder. Bunun gibi, ekonomik olarak bağımlı serbest çalışanlar, üstlendikleri edimi, alt işverene iş vermeksizin kendi iş organizasyonları içinde yerine getirir[259].

TRADE kategorisinde kabul edilmek bir takım usuli yükümlülüklerin yerine getirilmesi koşuluna bağlanmıştır. Buna göre, ekonomik olarak bağımlı çalışan kabul edilmek isteyen bir kişinin sözleşme kurulduğu tarihte bu durumu işverene bildirmesi ve kendisini Sosyal İdare Dairesine (Social Administration Agency) tescil ettirmesi, ayrıca statüsünü etkileyen her türlü değişikliği ağırlıklı olarak iş gördüğü kişiye ve idareye bildirmesi gerekir[260].

TRADE kategorisinde çalışanlar serbest çalışanlardan farklı olarak, yıllık izin, haksız feshe bağlanan haklar, ailevi sebepler ile hastalık nedeniyle verilen izinler ve toplu pazarlık haklarından yararlanmaktadır[261]. Buna karşılık bu kişiler asgari ücret hakkından ve iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin korumalardan faydalanmamaktadır[262].

Serbest Çalışanlar Hk. Kanun m.16'da çalışan tarafından faaliyete ara verilmesini haklı kılan durumlar, örnekseyici olarak sayılmıştır. Bunlar;

a) Tarafların bu konuda anlaşmaları

b) Acil, önceden öngörülmeyen ve beklenmeyen bir ailevi yükümlülüğün ortaya çıkması

c) Çalışanın hayatını veya sağlığını tehdit eden ciddi ve yakın bir riskin ortaya çıkması

d) Geçici bir engellilik, analık, babalık, evlat edinme veya koruyucu ailelik

e) Gebelik veya 9 aydan küçük bir bebeğin emzirildiği dönemde ortaya çıkan bir risk

f) Cinsel taciz nedeniyle TRADE'nin yasada tanınan korumalar veya sosyal yardımlardan yararlanması ile

g) Zorlayıcı nedenlerdir. Burada yer verilen durumlar nedeniyle "*müşteri*" faaliyeti sona erdiremez. Ancak bu kurala bir istisna getirilmiştir. Buna

---

259 **OECD**, 2019, s. 143.

260 **CHERRY / ALOISI**, 2017, s. 673.

261 **OECD**, 2019, s. 143.; **CHERRY / ALOISI**, 2017, s. 671.

262 **TODOLÍ-SIGNES**, 2019, s. 266.

göre d, e ve g bentlerinde sayılan durumların ticari aktivitesine önemli ölçüde zarar vermesi halinde müşteri, sözleşmeyi sona erdirebilir[263].

Bunun gibi ekonomik olarak bağımlı serbest çalışanlar, yılda 18 gün yıllık izin hakkından yararlanırlar. Bu süre taraflarca arttırılabilir, fakat azaltılamaz (m.14.1).

Kanunda, TRADE'lere tanınan hakların etkin bir biçimde korunmasını sağlamak amacıyla sözleşmenin feshi de bir takım kurallara bağlanmıştır. Serbest Çalışanlar Hk. Kanun m.15 uyarınca sözleşme,

a) Tarafların anlaşması

b) Sözleşmede yer verilen ve hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olmayan fesih sebeplerinin ortaya çıkması

c) Ölüm, yaşlılık aylığına hak kazanma, sürekli iş göremezlik

d) Ekonomik olarak bağımlı serbest çalışanın faaliyetine son vermesi (bu durumda sözleşmede öngörülen, öngörülmemişse o alanda uygulanan örf ve adete uygun ihbar süresine uyulması gerekir)

e) Karşı tarafın sözleşmede yer alan hükümleri ihlal etmesi nedeniyle ekonomik olarak bağımlı çalışanın sözleşmeyi sona erdirmek istemesi

f) Müşterinin haklı nedenle sözleşmeyi sona erdirmek istemesi (bu durumda sözleşmede öngörülen, öngörülmemişse o alanda uygulanan örf ve adete uygun ihbar süresine uyulması gerekir)

g) Uğradığı cinsel taciz nedeniyle sözleşmeyi sona erdirmeye zorlanan ekonomik olarak bağımlı çalışanın sona erdirme kararı ve

h) Yasal olarak belirlenen diğer nedenlerle sona erdirilebilir.

Taraflardan birinin diğer tarafın sözleşmeyi ihlal etmesi nedeniyle sözleşmeyi sona erdirmesi durumunda sözleşmeyi ihlal eden taraf karşı tarafa tazminat ödemekle yükümlüdür. Bunun gibi sözleşmenin haklı nedene dayanmaksızın sona erdirilmesi durumunda müşteri, çalışana tazminat ödemekle yükümlüdür. 'D' bendine dayanan fesihlerde ihbar süresine uyulmamış olması durumunda müşteri, bu nedenle bir zarara uğramış olması şartıyla tazminata hak kazanır.

---

263 **TODOLÍ-SIGNES**, 2019, s. 262-263.

Çalışana tazminat ödenmesi gerektiren durumlar bakımından ödenecek tazminat bireysel veya toplu iş sözleşmelerinde belirlenir. Sözleşmede belirlenmediği durumlarda ödenecek tazminatın belirlenmesinde, sözleşmenin normal şartlarda sona ereceği tarih (bakiye süre), ihlalin ağırlığı, çalışan tarafından sona erme anına kadar yapılan yatırım ve masraflar dikkate alınır[264].

Bunun dışında Serbest Çalışanlar Hk. Kanunun 14. Maddesi uyarınca bu kişilerin çalışma ve dinlenme sürelerine ilişkin kurallar taraflarca bireysel veya toplu sözleşmelerde belirlenir[265].

İspanya'da düzenleme ile getirilen katı usuli yükümlülükler ve bu kişilere tanınan hakların oldukça sınırlı olması nedeniyle çok az kişi kendisini TRADE olarak tescil ettirmiştir[266]. Nitekim istatistiki verilere göre İspanya'da fiilen 1.200.000 kişiden fazla kişinin ekonomik olarak bağımlı çalışıyor olmasına rağmen, resmen TRADE olarak tescil edilmiş kişi sayısı 10.000 olup, bu sayı bağımsız çalışanların %0.33'ü ve tüm çalışanların %0.05'inden daha azdır[267].

C. İtalya Örneği

İtalyan Medeni Kanunu m.2094 uyarınca işçi, bir ücret karşılığında ve işverenin yönetimi altında bir işyerine fikren veya bedenen katkıda bulunmak amacıyla bağımlı olarak çalışan kişidir. Buna göre, bir kişinin işçi olup olmadığı, tarafların sözleşmeyi nasıl nitelendirdiklerine bakılmaksızın, işçinin işverene bağımlı olarak iş görüp görmemesine göre belirlenir. Bağımlı çalışmadan bahsedebilmek için işverenin yönetim ve disiplin yetkisinin olması gerekir. Bunun dışında bağımlı olarak iş görmeyi gösteren yan faktörler; işçinin işveren tarafından konulan kurallara uymakla yükümlü olması, iş ilişkisinin süresi, çalışma sürelerinin işveren tarafından belirlenmesi, ücret

---

264 **TODOLÍ-SIGNES**, 2019, s. 263-264.

265 **TODOLÍ-SIGNES**, 2019, s. 261, 266.

266 **CHERRY / ALOISI,** 2017, s. 322; **TODOLÍ-SIGNES**, 2019, s. 266. Deliveroo İspanya, 2018 yılında serbest çalışanlar hakkındaki stratejisini değiştirerek kuryeleri hakkında TRADE statüsünde olanlara ilişkin hakları tanıyacağını duyurmuştur. **GOMES**, 2018, 6. JULIEN Mathilde / MAZUYER Emmanuelle, "Le Droit Du Travail À L'épreuve Des Plateformes Numériques", **Revue De Droit Du Travail,** 2018, s. 7. Ancak, 2019 yılında Madrid mahkemesi, kuryelerin işçi olduğuna karar vermiştir. https://www.insurancejournal.com/news/international/2019/07/24/533745.htm, (Erişim Tarihi: 26.01.2021).

267 **TODOLÍ-SIGNES**, 2019, s. 257.

karşılığı bir işin görülmesi, işçinin üretimin düşmesine bağlı olarak kayıp riskinin olmamasıdır[268].

İtalyan hukukunda 533/1973 sayılı yasa ile ekonomik olarak zayıf konumda bulunan serbest çalışanlara bir takım usuli korumalar getirilmiş, daha sonra bu kişiler için ayrı bir kategori; yarı bağımlı çalışan "*quasi- subordinate worker*" kısaca "*co.co.co*"[269] kategorisi yaratılmıştır[270]. Bu kategoride, sunulan hizmet, işin asıl sahibi ile devamlı ve koordine bir iş birliğine dayanan ve kişisel olarak yürütülen bir faaliyettir. Buna göre bir kişinin yarı bağımlı çalışan olarak kabul edilebilmesi için dört koşul aranır. Bunlar; iş birliği, devamlılık, işin asıl sahibi ile fonksiyonel koordinasyon ve ağırlıklı olarak kişisel bir hizmetin sunumudur[271].

Bu kategoride yer alan çalışanlara sınırlı birtakım haklar tanınmıştır. Bunlar arasında yer alan en önemli haklardan biri, iş mahkemelerinde dava açma hakkıdır. Bununla birlikte işçilere tanınan yıllık izin, hastalık izni, analık izni, fazla çalışma ücreti, iş güvencesi gibi haklar söz konusu çalışanlara tanınmadığından yarı bağımlı çalışan istihdamı işçi çalıştırmaya göre çok daha az maliyetli bir yöntemdir. Bu nedenle yasanın yürürlüğe girmesini izleyen on yılda işverenlerin işçilik maliyetlerinden ve işçilere sağlanan korumalardan kaçmak için işçi yerine yarı bağımlı çalışanları çalıştırmayı tercih ettikleri anlaşılmıştır. Diğer bir ifadeyle, yarı bağımlı çalışanlar işverenler tarafından işçilerin daha ucuz bir alternatifi olarak görülmüştür[272]. Söz konusu ara kategori gerçekte iş ilişkisi olan ilişkileri saklamak için kullanılmıştır.

2003 yılında 276/2003 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile yarı bağımlı çalışan kategorisi yeniden düzenlenmiş ve bir çalışanın yarı bağımlı çalışan olarak kabul edilebilmesi için, işletme ile çalışan arasındaki iş birliğinin bir "*proje*" ile ilişkilendirilmesi koşulu getirilmiştir[273]. Buna göre, söz-

---

[268] CHERRY Mirriam A. / ALOISI Antonio, "A Critical Examination of a Third Employment Category for On-Demand Work (In Comparative Perspective)" Forthcoming, **Cambridge Handbook on the Law of the Sharing Economy** (Nestor M. Davidson, Michele Finck & John J. Infranca, eds.); Saint Louis U. Legal Studies Research Paper, 2018, s. 320.

[269] Continuous and coordinated collaborators.

[270] **OECD**, 2019, s. 144.

[271] **CHERRY** et.al, 2018, s. 320.

[272] **CHERRY** et.al, 2018, s. 320. **OECD**, 2019, s. 138. BORELLI Silvia, "Italy", **The Platform Economy and Social Law: Key Issues in Comparative Perspective**, Ed. Isabelle Daugareilh, Christophe Degryse, Philippe Pochet, ETUI, Working Paper, 2019.10, 2019, s. 67.

[273] **CHERRY** et.al, 2018, s. 321.

leşmenin yarı bağımlı çalışan sözleşmesi olduğunun kabul edilebilmesi için, süresi belirli bir projenin, programın veya üretim aşamasının gerçekleştirilmesi için akdedilmiş olması zorunludur. Böyle bir projenin söz konusu olmaması ve çalışanın işyerinde sürekli olarak yürütülen bir faaliyet kapsamında işe alınmış olması halinde ise çalışan işçi olarak kabul edilecektir[274]. Bunun yanında düzenleme ile yarı bağımlı çalışanlara analık izni, hastalık izni vb. haklar tanınmıştır. Ancak yapılan bu düzenleme, yarı bağımlı çalışan statüsünün bir takım işveren yükümlülüklerinden kaçınmak için kullanılmasını engellememiştir. Zira hala işçilere tanınan haklar yarı bağımlı çalışanlara tanınan haklardan daha geniştir.

Daha sonra 2012 yılında 92/2012 sayılı yasa ile işçi statüsü varsayılan statü olarak kabul edilerek, bir projenin yokluğu halinde çalışanın, baştan itibaren işçi olarak kabul edileceği düzenlenmiştir. Ancak bu reform da istenen sonucu vermeyince 2015 yılında çıkan bir Kanunla "*Jobs Act*" yeni bir model *"colloboration continue organisée par la donneur d'ordre"* kabul edilmiştir. Buna göre, Yasada getirilen birtakım istisnalar dışında, işbirliği altında çalışanlar *"collaborateur"*, sürekli ve tamamen kişisel bir iş görüyorlarsa ve bu iş işveren tarafından organize ediliyorsa *"hétéro-direction"* (çalışan işverenin işe özgü talimatları ile bağlı ise ve işveren, işin görülmesi sürecinde gözetim ve kontrol hakkına sahipse, özellikle ifa yeri ve zamanını belirliyorsa) taraflar arasındaki sözleşmeye iş ilişkisine ilişkin kurallar uygulanacaktır[275]. Öğretide bu reformların, birden çok hukuki statü yaratarak işleri daha da karmaşık hale getirirken, asıl sorun olan işçi ve serbest çalışanların birbirinden ayrılması noktasında herhangi bir fayda sağlamadığı ifade edilmektedir[276].

Gerçekten de İtalyan hukukundaki farklı kategoriler, platform şirketlerini kendilerine en uygun kategoriyi seçmeye itmektedir. Buna göre birtakım platformlar sözleşmelere, çalışanların "co.co.co" kategorisinde çalıştıklarına dair hükümler koyarken, bazıları çalışanları tamamen bağımsız çalışanlar olarak göstermekte, bazı platformlar ise platform çalışanlarını iş sözleşmesiyle istihdam eden bir başka şirketle hizmet alım sözleşmesi imzalamaktadır[277]. Örneğin, İtalya'da faaliyet göstermekte olan iki platform olan Foodora

---

[274] **CHERRY** et.al, 2017, s. 662.

[275] **CHERRY / ALOISI**, 2017, s. 665.; BAVARO Vincenzo / MARINO Donato, "Le Travail Dans l'Économie des Plateformes Dans la Jurisprudence Italienne", **Revue de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale**, S. 2019(2), 2019, s. 19. **BORELLI**, 2019, s. 67.

[276] **BORELLI**, 2019, s. 67.

[277] **BORELLI**, 2019, s. 68.

ve Foodinho, platformları üzerinden yapılan çalışmaları "co.co.co" kapsamında değerlendirmektedir. Buna karşılık anılan platformların çalışanları, Torino ve Milan iş mahkemelerinde dava açarak sözleşmelerinin iş sözleşmesi olarak nitelendirilmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Foodora ve Foodinho, yiyecek siparişlerinin verildiği ve teslimatların sisteme kayıtlı bisikletli kuryeler tarafından yapıldığı iki platformdur. Platform her hafta başında vardiya saatlerini ve vardiyada toplam kaç kişinin çalışacağını ilan etmekte ve söz konusu vardiyalarda görev almak isteyen kuryeler isimlerini vardiyalara yazdırmaktadırlar. Kuryelerin herhangi bir vardiyaya isim yazdırma zorunluluğu bulunmamaktadır. Bununla birlikte, vardiya başvurusu sistem tarafından onaylanan kurye, vardiya saatinde platform tarafından ilan edilen teslimat noktalarından birine gitmek ve mobil uygulama üzerinden konum servislerini açmak zorundadır. Bu andan itibaren kuryeye teslimat çağrıları gelmeye başlayacaktır. Kurye, gelen çağrıyı kabul ettiği takdirde kendisine tanınan süre içinde restorana giderek paketi almak ve müşterinin lokasyonuna götürmekle yükümlüdür. Açılan her iki dava da, taraflar arasında bir bağımlılık ilişkisi bulunduğundan bahsedilemeyeceği ve işverenin çalışanlar üzerinde yönetim ve disiplin yetkisi bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir[278]. İtalyan mahkemelerine göre, çalışanların bir vardiyaya dahil olup olmama özgürlükleri onların bağımlı çalışmadıklarını göstermektedir. Zira platform, işin görülmesi sürecinde kuryeler üzerinde herhangi bir gözetim ve denetim uygulamamakta, sadece işi koordine etmektedir. Mahkemeye göre platformun borcun ifa yerini, teslimat süresini, ödenecek ücreti belirliyor, çalışanları GPS üzerinden takip ediyor olması, işin platform tarafından yalnızca koordine edildiğini gösteren unsurlardır. Bunun gibi, vardiya talebi kabul edildiği halde vardiya saatinde gösterilen yerde hazır olmayan kuryenin uyarılması ve devamında platformdan geçici veya sürekli olarak çıkarılması, "*işçiyi belli bir hakkından yoksun bırakma*" amacını taşımadığından işverenin disiplin yetkisi kullanımı olarak değerlendirilmemiştir.

Kuryelerin, iş sözleşmesiyle çalışmadıkları sonucuna vardıktan sonra Torino ve Milan İş Mahkemeleri, söz konusu çalışmanın *"collaboration hétéro-organisée"* kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini incelemiş ve taraflar arasındaki ilişkide bağımlılık unsuru bulunmadığından bu soruya olumsuz yanıt vermişlerdir[279]. Buna karşılık, Foodora platformu

[278] **BAVARO** et.al., 2019, s. 16-19; **BORELLI**, 2019, s. 69.

[279] **BAVARO** et.al., 2019, s. 20; **BORELLI**, 2019, s. 69.

ile ilgili olarak Torino İstinaf Mahkemesi farklı bir sonuca ulaşmıştır. Mahkemeye göre, *"collaboration hétéro-organisée"; "co.co.co"* ile iş sözleşmesi arasında yer alan bir kategori olup, bu kategori teknolojik gelişmelere bağlı olarak ortaya çıkan, sürekli gelişim ve değişim gösteren yeni çalışma modellerini düzenleme amacı taşımaktadır. Bu çalışma modelinde çalışan, iş sahibinin organizasyonu içinde çalışır ve iş sahibinin işin görülme sürecinde basit bir koordinasyonun ötesine geçen bir kontrolü bulunur. Kuryeler de gelen teslimat çağrısını kabul etmelerini takiben platformun yönetimi altına çalışmaya başlamakta, platform görülecek işi, (bilhassa teslimat yeri ve süresini belirlemesi dolayısıyla) basit bir koordinasyonun ötesinde organize ve kontrol etmektedir. Bu itibarla, kuryelerin "*collaboration hétéro-organisée"* kapsamında çalıştıkları kabul edilmeli ve bu kişiler hakkında fiilen teslimat yaptıkları süreyle sınırlı olarak iş ilişkisine ilişkin kurallar uygulanmalıdır[280].

2. Dikkate Alınabilecek Diğer İstihdam Modelleri

Ekonomik hayat ve iş gücü piyasasındaki sürekli gelişim, yeni ve atipik istihdam biçimlerini ortaya çıkarmaktadır. Yeni istihdam biçimlerinden ise özellikle pay sahibi işçi statüsü ile kupon esaslı çalışma biçiminin, dijital platform çalışmalarının yasal olarak düzenlenmesinde dikkate alınması olanaklar arasındadır. Zira söz konusu çalışma biçimlerinde ya işçinin özelliği gereği belli iş mevzuatı hükümlerinin uygulanmayacağı öngörülmüş ya da zaten kayıt dışı çalışan bir işçi grubunun belli ölçülerde kayıt altına alınması ve yasal düzenlemelerden yararlandırılması hedeflenmek istenmiştir. Dijital platformlar üzerinden çalışan kişilerin hukuki statüsünün tartışmalı olduğu bir ortamda, platform çalışanlarının sınırlı düzeyde de iş mevzuatının ve sosyal güvenlik sisteminin kapsamına alınması önemli bir ilerleme olarak görülebilecektir. Bu nedenle söz konusu iki yeni atipik istihdam biçimine ayrı başlıklar altında değinilmiştir.

A. Pay Sahibi İşçi Statüsü

Pay sahibi işçi statüsü, çalışanların çalıştıkları şirkete ortak olmalarıyla ilişkili olup, bu konuda da özellikle karşımıza çıkan kavramlardan biri hisse senedi opsiyonu (stock-option)'dur. Hisse senedi opsiyonu sayesinde, bu hak kendisine tanınan kişi, önceden belirlenen koşulları sağladığı takdirde, öngörülen zamanda ve daha önce belirlenmiş olan fiyat üzerinden firma-

[280] **BAVARO** et.al., 2019, s. 21; **BORELLI**, 2019, s. 70.

nın/şirketin hisse senetlerini elde etme hakkına kavuşmaktadır[281]. Hisse senedi opsiyon planları, iş sözleşmesine, işyeri uygulamasına, işverenin genel vaatlerine ya da bu yönde yapılan ayrı bir sözleşmeye dayanabilir[282]. Hisse senedi opsiyonu sayesinde işçinin elde ettiği gelir ücret geliri olarak kabul edilmekte ve İş Kanunundaki ücrete dair hükümlere tabi olmaktadır[283].

Genel olarak işçinin çalıştığı şirkette pay sahibi olmasının ayrı bir statüye işaret etmediği, daha çok işçinin ücretiyle ve çalışanların şirkete aidiyetiyle ilgili olduğu düşünülebilir. Bununla birlikte İngiltere'de İstihdam Hakları Kanunu'nda (Employment Rights Act 1996) yapılan ve 1 Eylül 2013 tarihinde yürürlüğe giren değişiklikle section 205A'da pay sahibi işçi statüsüne yer verilmiştir. İşçinin çalıştığı şirkette pay sahibi olmasının avantaj ve dezavantajlarından söz edilebilecekse[284] de, İngiltere'de gerçekleştirilen yasa değişikliğiyle pay sahibi işçi statüsü tanınan kişiler, iş mevzuatındaki koruyucu nitelikteki önemli bazı hükümlerin kapsamı dışında bırakılmışlardır[285].

İstihdam Hakları Kanunundaki ilgili hüküm uyarınca pay sahibi işçi statüsüne geçmeyi kabul eden veya ilk kez bu statüde işe başlayacak işçiler, işverenlerinden alacakları en az 2.000 pound değerindeki hisse karşılığında haksız feshe karşı korumadan, işletme gereklerine dayalı fesihte işçilere tanınan tazminat haklarından vazgeçmiş sayılmakta, esnek çalışma uygulamaları ve eğitim izni talebindense yararlandırılmamaktadır. Görüldüğü üzere değinilen yasal düzenlemeyle pay sahibi işçilerin iş güvencesi ile belli ekonomik hakları sınırlandırılmakta, çalışma koşulları ise kısmen ağırlaştırılmaktadır[286].

---

[281] SIMON Stefan / ESSKANDARI Manzur, **Stichwortkommentar Arbeitsrecht** (Editörler: Marcel Grobys, Andrea Panzer-Heemeier), 3. Auflage, Nomos, Baden Baden, 2020, Aktienoptionen, rn.1.

[282] MENGEL Anja, **Gestaltung Von Arbeitsverträgen** (Editörler: Klaus Hümmerich, Martin Reufels), 4. Auflage, Nomos, Baden Baden, 2019, §1, rn. 611.

[283] **SIMON/ESSKANDARI**, 2020, Aktienoptionen, rn.10. COHNEN Karl-Dietmar, **Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht** (Editör: Wilhelm Moll), 4. Auflage, C.H. Beck, München, 2017, §54, rn.13.

[284] Bu konuda bkz.; ŞAHİN Barış, "İşçinin Pay Sahipliğinin Esneklik Açısından Değerlendirilmesi: İngiltere Örneği", **Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi - Arş. Gör. Ceren Damar Şenel Armağanı**, III. Cilt, C.5, S.1, 2020, s.2871-2876.

[285] GIOIA-CARABELLESE Pierre de, "The Employee Shareholder: The Unbearable Lightness of being: An Employee an Britian", **Maastricht Journal of European and Comparative Law**, 22(1), 2015, s.83-84.

[286] **ŞAHİN**, 2020, s.2864-2865. Pay sahibi işçi statüsü hakkında detaylı açıklama ve değerlendirme için bkz.; PRASSL Jeremias, "Employee Shareholder 'Status': Dismantling the Cont-

Pay sahibi işçi statüsüne tabi olanlarla, dijital platformlar üzerinden çalışanlarının konumu benzer nitelik taşımamaktadır. Ancak gerçekleştirilmesi muhtemel olan yasal düzenleme bakımından ilginç bir örnek niteliğini kazanmaktadır. Zira farklı menfaatlerden yararlandırılan işçilerin, iş mevzuatındaki çeşitli hükümlerin kapsamı dışında tutulması yaklaşımının platform çalışanlarına da yansıtılması gündeme gelebilir.

B. Kupon Esaslı Çalışma

Kupon esaslı çalışma, devlet tarafından ücret ve sosyal güvenlik primleri alanında sübvansiyonlar da öngörülerek işçilerin kayıt altına alınmasını sağlamak, yasal hakları temin edilerek işveren karşısında bağımlılığını azaltmak ve işçilere aile ile çalışma hayatı arasında denge kurmalarına olanak vererek çalışma koşulları konusunda pazarlık imkanı tanımak amacıyla oluşturulan sistemlerdir. Bu nedenle söz konusu sistemler, esas olarak kayıt dışılığın yüksek ve göçmen işçilerin istihdamının daha fazla olduğu sektörleri, örneğin ev hizmetlerinde çalışanları kapsamına almaktadır. Kupon esaslı çalışmada, iki tarafın olduğu iş ilişkisine, genellikle aracılık görevini de üstlenen üçüncü bir taraf dahil olmaktadır. Bu sayede deyim yerindeyse üçlü bir iş ilişkisi kurularak, örneğin ev hizmetlerinde istihdam edilen işçi ile işveren arasındaki ilişkide hiyerarşik açıdan oluşan dengesizliğin önlenmesi hedeflenmektedir[287].

Kupon esaslı çalışma açısından özellikle Belçika ve İtalya örnekleriyle karşılaşılmaktadır. Belçika sistemi ilk olarak 2004 yılında uygulanmaya başlanmıştır. Kupon esaslı çalışmada, işçi sisteme kayıtlı bir şirketle iş sözleşmesi akdetmekte ama iş görme edimini kullanıcının yanında ifa etmektedir. Sisteme kayıtlı şirket, kuponları yönetmekte ve kullanıcılarla işçileri eşleştirmektedir. Kullanıcılar kuponları internet üzerinden veya bankalar kanalıyla temin edebilmektedir. Kullanıcılara kullanabilecekleri kupon açı-

---

ract of Employment", **Industrial Law Journal**, Vol. 42, No. 4, 2013, s.312-316. **ŞAHİN**, 2020, s.2864 vd. **GIOIA-CARABELLESE**, 2015, s.85 vd. BOTHA Monray Marsellus, "Evaluating the United Kingdom's Employee Shareholder Status Provisions in Context of the South African Position", **Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg (Journal for Contemporary Roman-Dutch Law)**, 78(4), 2015, s.566-575.

287 MICHIELSEN Joris, "Can the Introduction of a Third Party Improve the Quality of Work for Migrant Domestic Workers? The Case of the Service Vouchers System in Belgium", Migration and Integration in Flanders (Editörler: Christiane Timmerman, Noel Clycq, François Levrau, Dirk Vanheule), Leuven University Press, Belgium, 2018, s.224-225. EUROPEAN COMMISSION, "Service Vouchers - Belgium", 2015, https://ec.europa.eu/employment_social/empl_portal/weesp/BE-1.pdf, (Erişim Tarihi: 23.01.2021).

sından sınırlama getirilmiş ve her bir kişiye yıllık olarak en fazla 500 adet kupon alma imkanı verilmiştir. Bununla birlikte engelliler ve tek başına çocuk yetiştiren ebeveynlerde olduğu gibi bazı gruplar açısından yıllık bazdaki sınır 2.000 kupona kadar yükseltilmiştir. Kullanıcılar, işçilerin hizmetlerinden yararlandığı her bir saate denk gelecek şekilde kuponlarla ödemeyi gerçekleştirmektedir. Çalışması karşılığında elde ettiği kupon karşılığı ise sisteme kayıtlı şirket tarafından işçiye para olarak ödenmektedir. Belçika'daki sistemde Federal hükümetin temel görevi ise kuponları sübvanse edecek bütçeyi tahsis etmektir. Bu kapsamda kişilerin alabileceği kupon sınırının 500 olduğu bir durumda, ilk 400 kupon için 8,50 Euro bedel belirlenmiş olup, ayrıca vergi iadesi öngörülmüştür. Sonraki 100 kupon için ise 9,50 Euro bedel öngörülmüş, ancak vergi iadesi kaldırılmıştır[288].

İtalya'da da 2008 yılında özellikle mevsimlik tarım işçilerinin belli bir düzeyde gelir elde etmesini garanti altına almak, kayıt dışı çalışmalarını engellemek adına kupon esaslı çalışma sistemi öngörülmüştür. İşçilerin iş gücünden yararlanan kişiler, işçilere kupon vermektedir. Kupon bedeli, sosyal güvenlik primlerini, işçilerin tazminatlarını ve çeşitli vergileri içermektedir. Söz konusu kupon işçi tarafından nakde tahvil edilirken hem vergiler tahsil edilmekte, hem de işçi adına sosyal güvenlik primleri yatırılmaktadır. Ancak işçi sendikaları tarafından bu uygulamanın işçilere yeterli güvence sağlamadığı eleştirilerinin getirilmesi üzerine 2017 yılında sistemde değişikliğe gidilerek küçük ve orta ölçekli işletmeler ile ev hizmetlerinde kuponların kullanımı sınırlandırılmıştır[289].

Kupon esaslı çalışmanın platform tabanlı iş ilişkilerine de uygulanabileceğini belirten görüşlerle karşılaşılmaktadır. Platform tabanlı çalışmalarda gerçekleştirilen iş karşılığında ödemenin dijital kuponlar aracılığıyla yapılabileceği belirtilmektedir[290]. Kanaatimizce kupon esaslı çalışmada sisteme kayıtlı bir şirketin öngörülmesi, korunması hedeflenen işçi grubu açısından faydalı olabileceği gibi, devletin sübvansiyonlar öngörmesi de kullanıcıların

---

[288] EUROPEAN COMMISSION, 2015, https://ec.europa.eu/employment_social/empl_portal/weesp/BE-1.pdf, (Erişim Tarihi: 23.01.2021).

[289] JOHNSTON Hannah/LAND-KAZLAUSKAS Chris, **Organizing On-Demand: Representation, Voice, and Collective Bargaining in the Gig Economy**, International Labour Office, Geneva 2019, s.8, dn.15. EUROPEAN FOUNDATION FOR THE IMPROVEMENT OF LIVING AND WORKING CONDITIONS (Eurofound), "Voucher Scheme for Seasonal Work in Agriculture, Italy", 2009, https://www.eurofound.europa.eu/data/tackling-undeclared-work-in-europe/database/voucher-scheme-for-seasonal-work-in-agriculture-italy, (Erişim Tarihi: 23.01.2021).

[290] **JOHNSTON/LAND-KAZLAUSKAS**, 2019, s.8.

işçilerin hizmetinden yararlanmasını teşvik edecektir. Ancak sübvansiyonlar ve üçüncü bir taraf niteliğindeki şirketin iş ilişkisine dâhil olması, sistemin sürdürülebilirlik sorunlarını gündeme getirebilir.

3. Platform Çalışanlarını Kapsayacak Muhtemel Yasal Düzenlemenin Oluşturulmasında Dikkate Alınabilecek Hususlar

Platform çalışmalarında taraflar arasındaki ilişki, tüketici, tam zamanlı çalışan, kısmi süreli işçi, bağımsız çalışan, üretici gibi geleneksel hukuki kategorilere genellikle uymamaktadır[291]. Aynı zamanda platform firması ile platform çalışanının başka bir ülkede olduğu hallerde uygulanacak hukuk sorununu ortaya çıkmasının yanı sıra, platform çalışanlarının hukuki statüsüne ilişkin olarak farklı yöndeki yargı kararlarıyla da karşılaşılmaktadır[292]. Bu durum ise aslında platform ekonomisi çerçevesinde ortaya çıkan sorunların ve düzenleme ihtiyacının önemini artırmaktadır. Zira platform ekonomisi kapsamında kurulan çalışma ilişkileriyle ilgili düzenlemeler, geleceğin temel çalışma biçimi üzerinde de önemli ölçüde etkili olabilecektir. Bu nedenle kuralsızlaştırma (deregulation) ve işçilere tanınan koruma düzeyinin azaltılması gibi basit ve aceleci tepkilerden mümkün olduğunca kaçınılması isabetli olacaktır. Platform ekonomisi kaynaklı fırsatların ve platform ekonomisi sayesinde ortaya çıkacak yeni teknolojilerin başta çalışanlar olmak üzere herkese yansıtılması için çaba gösterilmelidir[293]. Bu amaçlarla aşağıda gerçekleştirilecek yasal düzenleme açısından tercih edilebilecek muhtemel seçenekler üzerinde durulmuştur.

A. Platform Çalışanlarının Mevcut Düzenlemelerin Kapsamına Dahil Edilmesi

Platform ekonomisi kapsamında ortaya çıkan iş ilişkilerinin ve özellikle işçi olarak nitelendirilebilecek ya da ayrı bir kategoriye dahil edilebilecek korunma ihtiyacındaki kişilerin, uygun düştüğü ölçüde mevcut hukuki kavram ve hükümlerin kapsamına alınması düşünülebilir. Örneğin meslek edinilmiş geçici iş iliş-

---

[291] DOMINECH PASCUAL Gabriel, "Sharing Economy and Regulatory Strategies Towards Legal Change", **European Journal of Risk Regulation**, Vol.: 7, No.: 4, 2016, s.717-718.

[292] INTERNATIONAL LABOUR OFFICE (ILO), **Policy Responses to New Forms of Work: International Governance of Digital Labour Platforms**, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/publication/wcms_713378.pdf, 2019, (Erişim Tarihi: 22.01.2021).

[293] DE STEFANO, "The Gig Economy and Labour Regulation: An International and Comparative Approach", **Law Journal of Social and Labor Relations**, Vol.: 4, No.: 2, 2018, s.75.

kisine dair hükümlerin[294] platform çalışmalarına uygulanması ileri sürülebilir[295]. Gerek web tabanlı gerek konum tabanlı çoğu platform çalışmalarıyla meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi arasındaki benzerlik yadsınamaz. Web tabanlı platform çalışmasında meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinde olduğu gibi müşteri (firma), çalışan (işçi/işçi benzeri/kendi hesabına iş gören) ve online platform firması olmak üzere üç tarafın varlığı söz konusudur. Online platform firması, müşterinin iş ilanını yayınlaması ve işçinin de yayınlanan ilanlardan kendisine uygun işi seçmesini sağlayan web sitesini geliştirmekte ve işletmektedir. Söz konusu yapı nedeniyle online platform firmasını aracı olarak nitelendiren görüşlerle karşılaşılmakta, online platform firması bir çeşit özel istihdam bürosu olarak nitelendirilmektedir. Bu nitelendirmenin yapılmasında, müşterinin belirli bir ölçüde emir ve talimat vermesi, işi kontrol etmesi ile online platform firmasının istihdamın genel koşullarını belirlemesi ve çalışma performansını özellikle müşterilerin geri dönüşlerine göre genel olarak kontrol etmesi etkin rol oynamaktadır. Ayrıca çalışan ücret karşılığı, başka bir kişi için ve o kişinin emir ve talimatları altında belirli bir dönem için iş görmektedir[296]. Değinilen benzerliklere rağmen meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kurulabilme koşulları mevzuatımızda katı bir şekilde düzenlenmiş olup, özel istihdam bürolarının bu faaliyeti yerine getirmesi ağır şartlara tabi tutulmuştur. Kanunumuzdaki hükümlerin ihlali halinde yüksek miktarlarda idari para cezalarının ödenmesi gündeme gelebilmektedir. Platform çalışmaları açısından istisna getirilmesi ise İş Kanunu md.7'deki düzenlemelerin kağıt üzerinde kalmasına yol açabilecektir. Dolayısıyla platform çalışmalarıyla meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi bakımından benzerlik bulunan alanlar söz konusuysa da, kanaatimizce platform çalışmalarını geçici iş ilişkisiyle ilgili kısıtlayıcı nitelikteki yasal düzenlemelerin kapsamına dahil etmek olanaklı görünmemektedir.

---

[294] Meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi, İş Kanunu md.7'de düzenlenmiş olup, söz konusu ilişkinin kurulma koşulları ve uygulanması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.; **SÜZEK**, 2020, s.283-298. **ÇELİK ve diğ.**, 2019, s.233-248. DOĞAN YENİSEY Kübra, "Yeni Bir Tasarı Işığında Mesleki Faaliyet Olarak Geçici İş İlişkisi ve Geçici İş İlişkisi", **Prof. Dr. Turhan Esener Armağanı, I. İş Hukuku Uluslararası Kongresi**, Seçkin, Ankara, 2016, 142 vd. CİVAN, Orhan Ersun, "Yeni Düzenlemeler Çerçevesinde Meslek Edinilmiş Ödünç (Geçici) İş İlişkisi", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 66, Sayı: 2, 2017, s.315 vd. ÇELEBİ DEMİR Duygu, **Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi**, Adalet, Ankara, 2019, s.139 vd.

[295] MANDL Irene, **Back to the Future: Policy Pointers From Platform Work Scenarios, New Forms of Employment Series**, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions (Eurofound), Luxembourg, 2020, s.10.

[296] RATTI Luca, "Online Platforms and Crowdwork in Europe: A Two-Step Approach to Expanding Agency Work Provisions", **Comparative Labor Law & Policy Journal**, Vol.: 38, No.: 3, 2017, s.492, 506.

B. Platform Çalışmalarının Düzenlenmesinde Farklı Yöntemlerin Denenmesi

Mevcut yasal düzenlemelerin kapsamına platform çalışmalarını dahil etme seçeneği bir yana bırakılacak olursa, yaşanan sorunları şimdilik aşmayı hedefleyen, kalıcı nitelikte olmayan geçici düzenlemelerin kabul edilmesi ya da deneysel nitelikteki yeni hükümlerin yürürlüğe sokulması düşünülebilecek diğer yöntemler arasında yer almaktadır[297]. Kanaatimizce geçici düzenlemelerden hareket etmek, yaşanan sorunları sadece maskeleyecektir. Hiç denenmemiş yeni hükümlerin yürürlüğe sokulması ise riskli görünmektedir.

İş gücü piyasasındaki istihdam modelleri ve iş ilişkileri sürekli gelişmektedir. Bu nedenle platform çalışmaları kapsamında model olarak alınabilip alınamayacağını belirlemek adına tarafımızca işçi benzeri kişiler, pay sahibi işçi statüsü ve kupon esaslı çalışmaya yönelik farklı düzenlemeler incelenmiştir. İşçi benzeri kişilerle ilgili değerlendirme şimdilik bir yana bırakılacak olursa, pay sahibi işçi statüsü ile kupon esaslı çalışmanın ele alınması yasal düzenlemenin ne şekilde hazırlanacağına yönelik yol haritasının belirlenmesine yardımcı olacaktır.

Pay sahibi işçi statüsünde, işçi ve işveren sıfatlarının tespiti geleneksel çalışma biçimiyle benzerlik göstermekte, ancak çalışanın şirkette pay sahip olması nedeniyle iş mevzuatının koruyucu nitelikteki çeşitli hükümleri uygulanmamaktadır. Bu itibarla pay sahibi işçi statüsündekine benzer olarak, bazı platform çalışmalarının iş mevzuatındaki koruyucu hükümlerinin kapsamı dışında tutulması düşünülebilir. Ancak platformlar üzerinden gerçekleştirilen çalışmaların tümü açısından koruyucu düzenlemelerin bertaraf edilmesi, iş hukukunun amacıyla bağdaşmayacaktır. Bu nedenle örneğin feshe karşı koruma, kıdem tazminatı vb. daha üst düzeyde haklar tanıyan düzenlemelerin uygulanmayacağı platform çalışanlarının dikkatle belirlenmesi ve hassas dengenin gözetilmesi gerekmektedir.

Kupon esaslı çalışmanın ise kanaatimizce platform çalışmalarına yansıtılması kolay değildir. Kupon esaslı çalışmada genellikle aracı kurumlar mevcut olup, daha ziyade ev hizmetleri gibi kayıt dışı istihdamın yüksek olduğu alanlarda kişilerin kayıt altına alınması ve iş ile çalışma yaşamı arasında denge kurulmasının sağlanması hedeflenmektedir. Platform çalışmala-

---

[297] **DOMINECH PASCUAL**, 2016, s.721-726. **MANDL**, 2020, s.10-11.

rının bir kısmında da kupon esaslı çalışmanın düzenleme konusuna giren ev hizmetleri gibi faaliyetler söz konusu olmaktaysa da, kupon esaslı çalışmada özel istihdam büroları, devlet desteği, bankalar aracılığıyla ödeme ve sosyal güvenlik primlerinin tahsili gibi detaylı ve kapsamlı düzenlemeler bulunmaktadır. Diğer bir deyişle kupon esaslı çalışmanın platformlar üzerinden gerçekleştirilen tüm faaliyetlere yansıtılması olanaklı olmadığı gibi, uygulama alanı bulabilecek faaliyetler bakımından farklı yasal düzenlemelerin gerçekleştirilmesini, kurum ve kuruluşlara yeni görevlerin verilmesini ya da tümüyle yeni bir sistemin kurulmasını gerektirmektedir.

C. Platform Çalışanlarının Düzenlenmesinde İşçi Benzeri Kategorisinin Değerlendirilmesi

Platform çalışanlarının hukuki statüsü konusundaki tartışmalar devam etmekteyse de, platform çalışanlarının bir kısmının ekonomik açıdan bağımlı çalıştığı ve sosyal korunma ihtiyacı duyduğu hallerle karşılaşılacaktır. Platform çalışmaların çalışan kişi geleneksel anlamda iş gücünü platformun emir ve talimatlarına arz etmemekteyse de, platform organizasyonu altında iş görmektedir[298]. Örneğin Uber üzerinden çalışan, asli gelirini söz konusu platform kanalıyla gerçekleştirdiği çalışmasından elde eden kişiler bakımından bu durum söz konusu olacaktır. Diğer bir ifadeyle belli unsurların varlığı halinde platform çalışanlarının en azından bir kısmının yabancı ülkelerde açık yasal dayanağa sahip olan işçi benzeri kişilere dahil edilmesi veya işçi kategorisi altında değerlendirilmesi mümkündür[299].

Platform çalışanlarının işçi benzeri olarak nitelendirildiği bir durumda, platformların da işveren benzeri (employer-like[300]) veya işveren olarak nitelendirilmesi, platformlar açısından neden bazı iş mevzuatı hükümlerinin uygulama alanı kazandığını ortaya koymak adına isabetli olacaktır. Nitekim platform çalışmaları açısından işveren kavramını esnek bir biçimde ele alan görüşlerle de karşılaşılmakta, bu çerçevede istihdam ilişkisinin kurulması ve işlemesinde belirleyici rol oynayan, platform kanalıyla iş gören kişilerin yerine getirdiği faaliyetin niteliğine bağlı olarak iş hukuku anlamında işveren yetkilerini kullanan gerçek veya tüzel kişi işveren olarak tanımlanmak-

---

298 **PERULLI**, 2020, s.126-127.

299 **PERULLI**, 2020, s.126-127.

300 Söz konusu terimin kullanıldığı çalışma için bkz.; TAVITS Gaabriel, "Tasks and Responsibilities of an Employer in a Digital Age: How to Comply with Applicable Requirements for Work Conditions", **Juridica International**, 27/2018, s.81.

tadır[301]. Bu sayede örneğin, iş gören kişi çalıştığı süre üzerinden ücretlendiriliyorsa, bu gibi durumlarda özellikle platform firmasının asgari ücrete ilişkin düzenlemelerin kapsamında dahil edilmesinin olanaklı olacağı, veyahut iş sahibinin/alıcının, platform üzerinden temizlik işini verdiği ve çalışan kişiden sağlık için tehlike arz edebilecek maddeleri kullanmasını talep ettiği hallerde, işin iş sağlığı ve güvenliği hükümlerine uygun olarak yerine getirilmesinden ve denetlenmesinden iş sahibinin/alıcının sorumlu tutulabileceği ve somut olayın özelliğine göre tazminat ödeme yükümlülüğüne tabi olacağı savunulmaktadır[302].

İşçi benzeri kişilerle ilgili farklı ülke uygulamaları incelendiğinde, işçilere tanınan çeşitli hak ve düzenlemelerin kapsamına alınmalarından ötürü, işçiler düzeyinde olmasa da söz konusu kişilere belli bir ölçüde koruma ve güvence sağlandığı tespit edilmektedir. Gerçi işçi benzeri kişiler, feshe karşı koruma hükümleri ya da hukukumuz açısından düşünüldüğünde kıdem tazminatı gibi deyim yerindeyse daha üst nitelikteki düzenlemelerden genellikle[303] yararlandırılmamışlardır. Ancak bu durum doğal görülmelidir. İşçi ben-

---

[301] PRASSL Jeremias / MARTIN Risak, "Uber, Taskrabbit, and Co.: Platforms as Employers - Rethinking the Legal Analysis of Crowdwork", **Comparative Labor Law & Policy Journal**, Vol.: 37, No.: 3, 2016, s.646. RISAK Martin, **Fair Working Conditions for Platform Workers: Possible Regulatory Approaches at the Eu Level**, Friedrich Ebert Stiftung, Berlin, 2018, s.16.

[302] **RISAK**, 2018, s.16.

[303] İşçi benzeri konumundaki kişilerin daha üst nitelikteki haklardan yararlandırıldığı örnekler de mevcuttur. Örneğin yukarıda da belirtildiği (3.6.1.2) üzere İspanya'da ekonomik açıdan bağımlı kendi adına çalışan kişilerle (economic dependent self-employed worker) ilgili düzenleme yapılmış olup, yıllık gelirinin %75 ve daha fazlasını bir iş sahibinden elde eden kimselerin bu konumda bulunduğu kabul edilmiştir. Ekonomik açıdan bağımlı kişilerin ise asgari ücret, yıllık ücretli izin, toplu iş sözleşmesi yapma haklarının yanı sıra, feshe karşı koruma, sağlık veya ailevi nedenlerle sözleşmenin askıya alınması, çalışma süreleri gibi düzenlemelerden de yararlanmalarının önü açılmıştır. (**CHERRY/ALOISI**, 2017, s.671-672). İspanya mevzuatı uyarınca örneğin hastalık, sakatlık ve hamilelik gibi nedenlerle ekonomik açıdan bağımlı konumda bulunan kişilerin sözleşmeleri sona erdirilemeyecektir (**TIČAR**, 2020, s.525). Macaristan'da da işçi benzeri kişiler ile ilgili bir tasarı hazırlandığı belirlenmektedir. Söz konusu tasarı da işçi benzeri olarak kabul edilen kişiler, asgari ücret, dinlenme süreleri, bildirim süresi verilerek sözleşmenin sona erdirilmesi, kıdem tazminatı ve ortaya çıkan zararlardan işçiler gibi sorumlu olma düzenlemelerine tabi tutulmuşlardır (GYULAVÁRI Tamás, "A Bridge too far? The Hungarian Regulation of Economically Dependent Work", **Hungarian Labour Law**, E-Journal, 2014/1, s.95. JAKAB Nora I., "On the Significance of the Employee Status and of the Personal Scope of Labour Law Regulation", **Zbornik Radova**, Vol.: 50, No: 3, 2016, s.1008). Farklı ülke uygulamalarında işçi benzeri olarak nitelendirilebilecek kişilerin kıdem tazminatı, feshe karşı koruma gibi daha üst düzeyde koruma getiren iş mevzuatı düzenlemelerinin kapsamına alınabildiğinden ötürü, "genellikle" ibaresinin kullanılması tercih edilmiştir.

zeri kişilerin işçilerle aynı hükümlere tabi tutulması, işçi benzeri kategorisinin oluşturulmasını anlamsızlaştırabilecektir. Hukuk sistemimizde de tüm işçiler haklardan aynı düzeyde yararlanmamaktadır. Belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışanlar, iş sözleşmenin süresinin sonunda kendiliğinden sona ermesi halinde kıdem tazminatından, otuzdan az işçinin çalıştığı işyerlerindeki işçiler iş güvencesi hükümlerinden, Türk Borçlar Kanunu kapsamındaki örneğin ev hizmetlerinde çalışanlar İş Kanunundaki haklardan faydalanamamaktadır. Dolayısıyla ülkemiz açısından işçi benzeri adı altında ayrı bir kategori oluşturulmasına gerek olmaksızın, platform çalışanlarının işçi sıfatı altında, kendilerine uygulanması mümkün hükümlere tabi tutulması, bu düzenleme gerçekleştirilirken ise işçi benzeri kişilere ilişkin yabancı ülke uygulamalarının kıyasen gözetilmesi isabetli görünmektedir.

Platform çalışanlarından özellikle ekonomik açıdan bağımlı olduğu tespit edilebilenleri, başta Alman mevzuatındaki hükümler olmak üzere diğer ülke düzenlemeleri örnek alınarak gerçekleştirilecek düzenlemeler sayesinde, en azından sosyal sigorta sistemine avantajlı hükümlerle dahil edilebilecek, yıllık ücretli izin hakkından yararlandırılabilecek, davalarını iş mahkemelerinde açabileceklerdir. Bununla birlikte Alman hukukunda rastladığımız bir görüşe göre platform çalışmalarının özellikleri gözetilerek özellikle ekonomik bağımlılığın tespiti konusunda farklı ölçütler getirilmesinin düşünülebileceği ileri sürülmektedir. Örneğin Alman hukukunda bir kişinin işçi benzeri konumuna dahil edilebilmesi için gelirinin yarısı ve daha fazlasını bir iş sahibinden temin etmesi aranmaktadır. Bu koşulun esnetilmesi ve gelirin %25'inin bir platform üzerinden sağlanmasının da yeterli görülmesi gerektiği belirtilmektedir. Ayrıca Alman hukukundaki ev hizmetlerinde çalışanların sosyal güvenliği ile ilgili prim ödemelerinde iş sahibinin %50 oranında katkı yapması esasının platform çalışanları bakımından da uygulanmasının isabetli olacağı savunulmaktadır. Son olarak ister bağımsız çalışan ister işçi benzeri kişi konumuna dahil edilsin, farklı sektörlere göre platform çalışanları açısından asgari ücret düzenlemesine gidilmesinin tartışılabileceği dile getirilmektedir[304].

Asgari ücretin belirlenmesinde ise çeşitli zorluklar mevcuttur. Örneğin çalışma süresi belirlenirken çalışanın uygulamayı açtığı andan itibaren çalışma süresinin mi başladığı ya da iş teklifi beklediği yahut aradığı sürelerin de çalışma süresine dahil edilip edilmeyeceği ya da çalışanın aynı zamanda

[304] **KLEBE**, 2016, s.280. **DULAY YANGIN**, 2020, s.1227-1228.

birden fazla iş sahibi için iş gördüğü esnada çalışma süresinin nasıl belirleneceği sorunları karşımıza çıkmaktadır[305]. Ancak bu konuda yapılacak tercih ve bazı hallerde de işin yerine getirilmesi için öngörülen farazi sürelerin kabulü suretiyle kanaatimizce platform çalışanları açısından asgari ücretin uygulanması mümkün görünmektedir. Teknolojinin yoğun olarak kullanıldığı platform çalışmalarında, iş gören kişiler ve gördükleri işin süresi gibi bilgiler toplanabilmektedir. Diğer bir deyişle iş gören kişinin çalışma süresinin belirlenebilmesi fazlasıyla olanaklıdır. Asgari ücretin kabul edilmesi platform çalışmalarında parça başına ya da işin sonucuna göre ücret belirlenmesi önünde bir engel olarak da görülmemelidir[306]. Bu durum ise başka bir konuyu gündeme getirmektedir. Uygulama aracılığıyla toplanan veriler, çalışanın kullandığı aracın GPS kanalıyla takibi, teknolojik takip ve gözetlemenin yoğunluğu karşısında kişisel verilerin korunması endişesini karşımıza çıkarmaktadır[307].

Platform çalışanlarının çalışmalarıyla bağlantılı uyuşmazlıklar açısından iş mahkemelerinde dava açmalarının sağlanması isabetli olacaksa da, platform firmalarının merkezinin özellikle başka bir ülkede bulunması, işçinin çalıştığı ülkede herhangi bir temsilcisinin bulunmaması, mahkeme kararlarının uygulanabilirliği endişelerini gündeme getirebilecektir. Bu kapsamda İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun ek md.4'e benzer şekilde ülkemizde belirli sayının üzerinde kişinin erişiminin bulunduğu platform firmalarına temsilci bulundurma zorunluluğu getirilmesi düşünülebilir. Böyle bir düzenleme yargı kararlarının uygulanması meselesini kolaylaştıracaktır. Ancak burada uluslararası girişimlerin de desteklenmesi, hem platform çalışanlarına güvence sağlayacak hem de yaşanan uyuşmazlıkların çözümüne katkı verebilecektir.

---

[305] LANE Marguerita, **Regulating Platform Work in the Digital Age, Oecd Going Digital Toolkit Policy Note**, No.1, 2020, https://goingdigital.oecd.org/toolkitnotes/regulating-platform-work-in-the-digital-age.pdf, (Erişim Tarihi: 22.01.2021).

[306] Avrupa ve Kuzey Amerika sendikalar ağı, işçi konfederasyonları ve işçi organizasyonları tarafından 2016 yılında bir bildiri yayınlanarak platform çalışmaları açısından da adil çalışma koşulları talep edilmiştir. Söz konusu bildiride üzerinde durulan önemli konulardan biri de asgari ücretle ilgilidir. Asgari ücretin uygulanması yönündeki çeşitli zorluklara değinilmişse de, asgari ücretin yine de uygulanabilir olduğu belirtilmiştir. Söz konusu bildirinin tam metni için bkz.; Frankfurt Paper on Platform-Based Work, http://crowdwork-igmetall.de/, (Erişim Tarihi: 20.10.2020).

[307] **CHERRY/ALOISI**, 2017, 678.

ILO ise platform firmaları ve bu firmalar üzerinden iş veren/iş sahibi kişi, kurum ya da kuruluşların, çalışanların asgari düzeyde korunmasına ve belirlenecek asgari nitelikteki haklarına saygı göstermelerini sağlayacak dijital platformları kapsayan uluslararası bir gözetim ve denetim sistemi kurulmasını önermektedir[308]. Bu konuda aynı zamanda sosyal tarafların katılımıyla da çeşitli adımların atılması olanaklıdır. Alman işçi sendikası olan IG Metall, Alman Kalabalık Çalışma Derneği (the German Crowdsourcing Association) ve sekiz dijital platform firması bir araya gelerek kalabalık çalışma (crowdwork) ile ilgili platform firması, iş sahibi ve çalışan arasında güven ve adil iş birliğini sağlamayı hedefleyen temel davranış kurallarını[309] benimsemiş ve aynı zamanda söz konusu davranış kurallarını uygulayan ve uyuşmazlıkları çözen bir ombudsmanlık ofisini de 2017 yılında kurmuşlardır[310]. Ombudsmanlık ofisi, çalışanın bulunduğu şehir veya ülke ayrımı yapmaksızın imzacı platformlar ve çalışanlar arasındaki uyuşmazlıkları ele almakta ve çözüme kavuşturmaktadır. Ombudsmanlık ofisi, çalışan, platform firması, işçi sendikası, kalabalık çalışma derneğinden birer temsilci ve tarafsız bir kişi olmak üzere toplam beş kişiden oluşmakta ve uyuşmazlıklar hakkında oybirliğiyle sonuca ulaşılmaktadır[311]. 2018 ve 2019 yılı raporlarına[312] göre ombudsmanlık ofisi, şu ana kadar yaklaşık 40 başvuruyu değerlendirmiş ve çözüme kavuşturmuştur.

Uluslararası ya da sosyal tarafların katkısıyla ortaya çıkan girişimlerin yanı sıra platform firmaları, çalışanlar ve iş sahipleriyle karşılaşılan uyuşmazlıkları kendileri çözme konusunda teşvik edilebilir. Platformlar üzerinden yerine getirilen özellikle kalabalık çalışmaya yönelik mevcut uygulamalarda iş sahibinin herhangi bir sebep göstermeksizin ve ücret ödemeksizin çalışanın yerine getirdiği işi reddedebildiği örneklerle karşılaşılmaktadır. Aynı şekilde platform firmaları da herhangi bir gerekçeye dayanma zorunlu-

---

[308] **ILO**, 2019, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/publication/wcms_713378.pdf, (Erişim Tarihi: 22.01.2021).

[309] Davranış kurallarının tam metni için bkz.; http://crowdsourcing-code.com/, (Erişim Tarihi: 20.10.2020).

[310] **ILO**, 2019, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/publication/wcms_713378.pdf, (Erişim Tarihi: 22.01.2021).

[311] Ombudsmanlık ofisinin işleyişiyle ilgili kurallar için bkz.; https://ombudsstelle.crowdwork-igmetall.de/rules.html, (Erişim Tarihi: 20.10.2020).

[312] Söz konusu raporlar için sırasıyla bkz.; https://ombudsstelle.crowdwork-igmetall.de/pdf/ Ombuds_Office_for_paid_Crowdsourcing_Report_2017_2018_EN.pdf, (Erişim Tarihi: 20.10.2020)., https://ombudsstelle.crowdwork-igmetall.de/pdf/Ombuds_Office_for_paid_Crowdsourcing_ Report_2019_EN.pdf, (Erişim Tarihi: 20.10.2020).

luğu olmaksızın ve önceden uyarmaksızın çalışanların hesabını askıya alabilmekte ya da etkisizleştirebilmektedir. İşin iş sahibi tarafından reddedildiği hallerde gerekçe gösterilmesi ve işin öngörülen şekilde yerine getirilmediği gerekçesiyle reddedildiği hallerde çalışana tekrar görevi yerine getirmesi için süre tanınabilir. Bu gibi durumlarda platform firmaları aktif bir rol üstlenerek, taraflar arasındaki uyuşmazlığa müdahale edebilecektir. Ayrıca platform firmalarının hangi hallerde çalışanların hesaplarını askıya alabileceği ya da etkisizleştirebileceğinin taraflar arasında kurulan ilişkinin tabi olacağı hükümleri içeren genel işlem koşullarında düzenlenmesi çalışanlara bir ölçüde de olsa öngörülebilirlik ve güvence sağlayacaktır[313].

4. Ülkemiz açısından hazırlanacak yasal düzenleme için öneriler

Ülkemizde platform çalışanlarının çalışma koşullarının yasal zemine kavuşturulması halinde, işçi benzeri kişilere yönelik farklı ülke uygulamalarının göz önüne alınması yol gösterici bir nitelik taşıyabilecektir. Ancak hukuk sistemimizde işçi benzeri kategorisi öteden beri bulunmamaktadır. Kaldı ki işçi benzeri kavramına dair kapsamlı bir düzenlemeye sahip ülkelerden Almanya'da işçi benzeri kategorisine dahil edilen ev hizmetleri çalışanları, mevzuatımıza göre işçi olarak nitelendirilmektedir. Bu nedenle platform çalışanları açısından sistemimize yabancı işçi benzeri kategorisinin getirilmesindense, kanunla belirlenen koşulları sağlayan platform çalışanlarının işçi olarak nitelendirilmesi daha gerçekçi görünmektedir. Bununla birlikte dikkat edilmesi gereken hassas konu, platform çalışanlarının hukuki statüsünün tanımlanmasından da öte iş mevzuatından yararlanacakları hakların ölçüsüdür. Korunmasını hedeflediğimiz söz konusu çalışan grubu iş mevzuatındaki haklardan çok düşük düzeyde yararlandırılacak olursa, bu durum mevcut durumda işçi olarak nitelendirdiğimiz kişilerin de maliyet avantajından ötürü muvazaalı olarak işçi benzeri ya da farklı statüdeki çalışan grubu olarak gösterilmelerine yol açabilir. Eğer platformlar üzerinden iş gören kişiler iş mevzuatındaki hakların kapsamına gereken düzeyden fazla dahil edilir ve kıdem tazminatı, sosyal sigorta primlerinin yüksekliği gibi haklardan ötürü maliyetler çok yükselirse, az sayıdaki kişinin söz konusu kategoriye dahil olması, çoğu kişinin kapsam dışında kalmaya çalışmasına sebep olabilir[314]. Diğer bir deyişle yapılacak yasal düzenleme geleneksel

---

[313] **LANE**, 2020, https://goingdigital.oecd.org/toolkitnotes/regulating-platform-work-in-the-digital-age.pdf, (Erişim Tarihi: 22.01.2021).

[314] **CHERRY/ALOISI**, 2017, s.677.

nitelikteki ekonomimiz ve iş gücü piyasası ile platform ekonomisi arasında bir denge kurmalı, bir istihdam ve çalışma modeli olarak platform ekonomisinin çekiciliğini korumalıdır[315].

Platform çalışmalarını yasal bir çerçeveye almayı, aynı zamanda platformlar üzerinden iş gören kişileri korumayı hedefleyen çeşitli düzenleme ve taslak örnekleriyle karşılaşılmaya başlanılmıştır. Bunlardan en önemlilerinden biri Amerika Birleşik Devletleri Kaliforniya eyaletinin "AB 5" adı atlındaki yasal düzenlemesidir[316]. Söz konusu düzenlemede, platformlar üzerinden iş gören kişilerin işçi olup olmadığının belirlenmesinde üç aşamalı ABC testi olarak da adlandırılan bir test üzerinden kişilerin hukuki statüsü ve hakları belirlenmiştir. Değinilen üç aşamalı test kapsamında ise ispat yükü platform firmalarına yüklenmiştir. Platform firmaları, kişilerin üç aşamalı testteki tüm aşamaları taşıdığını ispatlayabildiği takdirde iş gören kişilerin bağımsız çalışan olarak kabul edileceği, aksi takdirde platform firmasının işçisi sayılacağı hüküm altına alınmıştır. Platform üzerinden iş gören kişinin işçi sayılması halinde ise söz konusu kişiler, işsizlik sigortası ve ücretli dinlenme hakkı ile ilgili yasal hükümlerin kapsamına dahil edilmişlerdir.

Platform çalışanlarıyla ilgili diğer bir önemli yasal düzenleme girişimi ise Avrupa Parlamentosu üyesi Joachim Schuster tarafından önerilen Avrupa Birliği Platform Çalışmaları Hakkındaki Direktif tasarısıdır[317]. Söz konusu tasarıda da bir işin platform üzerinden üstlenilip üstlenilmediği konusunda sekiz kriter belirlenmiş, söz konusu kriterlerden birinin dahi varlığı halinde platform üzerinden iş gören kişinin, platform firmasının işçisi sayılacağı yönünde adi bir karine öngörülmüştür. Diğer bir deyişle platform firmasının aksini ispatlamasına olanak tanınmıştır. Ancak sekiz kriterden en az üçünün sağlandığı durumlarda iş gören kişinin işçi olmadığının ileri sürülemeyeceği belirtilmiştir. Platform çalışanının işçi sayılması halinde ise ücrette eşitlik ilkesinden, çalışma süreleriyle ilgili yasal düzenlemelerden yararlandırılması hedeflenmiştir.

Değinilen yasal düzenleme ve taslak çalışmaları incelendiğinde, belli kriterlerden hareketle platformlar üzerinden iş gören kişilerin işçi sayılması

---

315 **MANDL**, 2020, s.10.

316 Söz konusu yasal düzenlemenin tam metni için bkz.; https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill_id=201920200AB5, (Erişim Tarihi: 21.10.2020).

317 İlgili tasarının tam metnine ulaşmak için bkz.; https://www.joachim-schuster.eu/wp-content/uploads/2020/06/Draft_EU-Directive-on-Platform-Work_EN.pdf, (Erişim Tarihi: 21.10.2020).

eğiliminin yüksek olduğu görülmektedir. Kanaatimizce de bu yöndeki bir yaklaşım, kişilerin korunma düzeyini yükselteceği ve işçi sıfatı taşıdıklarını kanıtlamaya yönelik davalarla uğraşmalarını engelleyeceğinden isabetlidir. Dolayısıyla ülkemiz açısından da hazırlanacak bir yasal düzenlemede bu nitelikteki varsayımlardan hareket edilmesi faydalı olacaktır.

İşçilerin iş sözleşmesinin türüne, işyerindeki çalışan sayısına vb. çeşitli kriterlere göre yararlandırıldıkları hakların kapsamı farklılık göstermekte olup, platformlar üzerinden çalışan ve işçi olduğu sonucuna varılan kişilerin de farklı düzeylerde haklardan yararlandırılması olanaklıdır. Bununla birlikte asgari olarak eşit işlem borcu ve işsizlik sigortası başta olmak üzere sosyal güvenlik hukukuyla ilgili güvencelerden platform işçilerinin yararlandırılmasının hedeflendiği tespit edilmektedir. Bu doğrultudaki hükümlerin ülkemizde de uygulanması mümkündür. Her ne kadar iş mevzuatı hükümlerimizin platform çalışanlarına aynen uygulanması çok olanaklı görünmemekteyse de, platform çalışmalarının özellikleri gözetilerek uyarlanması, bir ölçüde platform çalışanlarını ve platform firmalarını mevcut sisteme kendine has özelliklerle entegre edeceğinden daha makul olacaktır. Gerçi bu ihtimal dahi mevzuatımızda çok sayıda değişiklik yapılmasını beraberinde getirecektir. Bununla birlikte isabetli olarak belirtildiği üzere platform çalışanlarına ilişkin düzenlemenin; (i) çalışanların çalışma ve dinlenme süreleriyle ilgili hükümler içermesi, (ii) çalışanların birden fazla platformda çalışmasını temin etmesi, (iii) çalışanın verdiği zararlardan sorumluluğunun işçilerle aynı hükümlere tabi tutması, (iv) asgari ücreti güvence altına alması, (v) iş sağlığı ve güvenliğini temin edecek hükümler içermesi yerinde olacaktır[318]. Bu konuda Avrupa Birliğinin çeşitli kararları ve düzenlemeleri göz önüne alınabilir. Aynı zamanda dijital platformun merkezinin ülkemizde bulunmaması halinde, dijital platformların bir temsilci görevlendirilmesini temin edecek düzenlemelere yer verilmesi, çalışanların iş hukuku ve sosyal güvenlik hukukundan kaynaklanan haklarını kullanmalarını güvence altına alacaktır.

Avrupa Birliğinin Çalışma Koşullarının Şeffaflığı ve Öngörülebilirliği Hakkındaki 2019/1152 sayılı Direktifi[319], çalışanlar açısından dikkate alın-

---

[318] GARBEN Sacha, **Protecting Workers in the Online Platform Economy: An Overview of Regulatory and Policy Developments in the EU**, European Agency for Safety and Health at Work, Luxembourg, 2017, s.23.

[319] Direktif metni için bkz.; https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32019L1152, (Erişim Tarihi: 21.10.2020).

ması gereken önemli düzenlemeleri içermektedir. Söz konusu direktif uyarınca çalışanın başka işveren ya da işverenlerin yanında iş görmelerinin işverenlerince engellenmesinin önüne geçilmeli (md.9), çalışma süresi ve zamanının önceden öngörülemediği işleri yerine getiren çalışanlara işveren tarafından önerilen işi reddetme hakkı tanınmalı (md.10/2), çağrı üzerine çalışma biçimlerinin kötüye kullanımının önüne geçecek önlemler alınmalı (md.11), kanun gereği verilmesi gereken eğitimler, ücretsiz ve iş süresinden sayılacak şekilde işveren tarafından sağlanmalıdır (md.13). Söz konusu direktif uyarınca özellikle ülkemiz açısından hazırlanacak bir düzenlemede platform üzerinden iş gören kişilere birden fazla platform üzerinden çalışma olanağının güvence altında alınmasının ve işi reddetme hakkının düzenlenmesinin isabetli olacağı sonucuna varılmaktadır.

Avrupa Birliği hukuku kapsamında değinilmesi gereken diğer bir husus ise İstihdam Biçiminden Bağımsız olarak İşçiler ve Kendi Hesabına Çalışanlara Sosyal Korunma Dahil Asgari İstihdam Standartlarının Garanti Edilmesine Yönelik Avrupa Konseyi'nin 2019/C387/01 sayılı tavsiye kararıdır[320]. Söz konusu tavsiye kararının, çeşitli güvenceler açısından alt sınır olarak benimsenmesi düşünülebilir. Tavsiye kararında işçi ve kendi adına çalışan kişilerin resmi, etkili, şeffaf ve uygun bir koruma kapsamına alınması gerektiği belirtilmektedir. Bu kapsamda özellikle, işsizlik, hastalık, iş kazası ve meslek hastalığı, yaşlılık, analık, malullük, ölüm sigortası gibi sigorta kollarından (md.3), yardımlara hak kazanma koşulları, asgari çalışma süresi, bekleme süresi, yardımların devam süresi ve yardımların miktarının belirlenmesi hususları gözetilerek etkili bir korumanın sağlanması gerekliliğine işaret edilmektedir (md.9). Tavsiye kararında geçen hususlar, hukukumuz açısından gerçekleştirilecek bir tasarıda da platform çalışanlarının sosyal güvenliğiyle ilgili düzenlemeler getirilirken mümkün olduğu kadar kapsamlı bir düzenlemenin hazırlanması ve olanaklı olduğu çerçevede platform çalışanlarının tüm sosyal sigorta kollarından yararlandırılması düşüncesini gündeme getirmektedir.

SONUÇ

Bilgi ve iletişim teknolojileri alanında yaşanan gelişmelere bağlı olarak ortaya çıkan internet platformları, son yıllarda ciddi bir artış göstermiş ve

[320] İlgili tavsiye kararının tam metni için bkz.; https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32019H1115%2801%29, (Erişim Tarihi: 17.10.2020).

sağladıkları kolaylıklar ile pek çoğumuzun günlük hayatında vazgeçilmez hale gelmişlerdir. Söz konusu platformlar, kullanıcıların sahip oldukları varlıkları diğer kullanıcılarla paylaştıkları varlık platformları ile emeklerini ücrete dönüştürdükleri iş platformları olarak iki grupta incelenebilir. İş platformları, çalışanların hem siber alanda dijital emeklerini değerlendirdikleri hem de dijital mimarilerin desteğiyle temizlik, ulaşım, çocuk bakımı gibi geleneksel işleri yerine getirdikleri platformlardır.

Platform ekonomisinin sağladığı avantajlar yanında, dezavantajlarının da bulunduğu yadsınamaz bir gerçek olup, söz konusu avantajlar ve dezavantajlar platform tabanlı çalışmanın yarattığı sorunların ele alınması ve çözüme kavuşturulması bakımından yol gösterici nitelik taşımaktadır. Bu bağlamda işsizliğin tüm dünyada önemli bir sorun olduğu bu dönemde platformların yarattıkları istihdam yadsınamaz. Ne var ki, çoğu platform çalışanı platformlar tarafından bağımsız çalışan olarak gösterilmektedir. Ayrıca platform çalışanları, asgari ücret korumasından, analık, hastalık izni ve ücretli tatil hakları gibi işçilere tanınan pek çok haktan yoksun olup, genellikle sosyal sigorta sisteminin dışında kalmaktadır. Değinilen bu hususlar platform çalışanlarının korunması için yasal adımların atılmasını gerektirmektedir. Diğer bir deyişle platform ekonomisinin regülasyonu, hem çalışanların hem de piyasanın korunması bakımından bir ihtiyaçtır. Nitekim platform çalışanları son yıllarda platformlara karşı açtıkları davalarda işçi olduklarını iddia etmişler ve bu uyuşmazlıklar işçi kavramı ile iş sözleşmesini diğer iş görme sözleşmelerinden ayıran bağımlılık unsurunun teknolojik gelişmeler ışığında yeniden gözden geçirilmesi ihtiyacını gözler önüne sermiştir.

Platform çalışanlarının yasal düzenlemeye kavuşturulmasında farklı ihtimaller söz konusudur. Bu kapsamda platform çalışanlarını mevcut yasal düzenlemelerin kapsamına dahil etme, geçici çözümler sağlayacak düzenlemeler gerçekleştirme ya da farklı istihdam modellerini mevzuatımıza dahil etme seçenekleri üzerinde durulabilir. Kanaatimizce mevcut yasal düzenlemeler, dijital platform tabanlı iş ilişkisi kapsamında ortaya çıkan ihtiyaçlara tam olarak cevap veremeyecektir. Geçici çözümler ise sorunları deyim yerindeyse maskeleyecektir. Bu nedenle mümkün olduğu kadar platform çalışanlarını yasal güvenceye kavuşturacak ama bir yandan da dijital platform tabanlı iş ilişkisi kapsamında istihdamı koruyacak ve teşvik edecek bir düzenleme gerçekleştirilmelidir. Bu konuda farklı modeller önerilmektedir. Tarafımızca da pay sahibi işçi statüsü, kupon esaslı çalışma ve ara kategori olarak işçi benzeri kavramı değerlendirilmiştir.

Pay sahibi işçi statüsü tek başına yasal düzenleme açısından örnek teşkil edemeyecekse de, farklı çalışan kategorilerinin farklı düzeylerde haklardan yararlanması bakımından örnek teşkil etmektedir. Kupon esaslı çalışma ise yeni kurum ve kuruluşların oluşturulmasını ve kapsamlı bir yasal düzenleme gerçekleştirilmesini gerektirmektedir. Bu itibarla işçi benzeri kategorisi daha makul nitelikteki bir örnek olarak görünmektedir.

İşçi benzeri kategorisi önemli bir seçenekse de yabancı ülkelerin mevzuatında ev hizmetlerinde çalışanlar gibi bu kategoriye dahil olan kişiler, mevzuatımız açısından zaten işçi sayılmaktadır. Diğer bir ifadeyle hukukumuz bakımından işçi benzeri kategorisi oluşturmak yerine, işçi benzeri sayılan kişilerin yararlandırıldıkları haklardan hareketle bir model oluşturmak daha isabetli olacaktır. Yapılan açıklamalar çerçevesinde işçi benzeri sayılmaya yönelik ölçütlerden de hareketle platform çalışanlarının ekonomik bağımlılık ve işçi istihdam etmeme kriterlerinden hareketle karineten işçi sayılması, dijital platformlara ise yine kanunda sınırları çizilecek şekilde aksini ortaya koyma imkanı tanınması, hem çalışanların menfaatlerinin korunmasını hem de dijital platformların çıkarlarının gözetilmesini temin edecektir. Gerçekleştirilecek yasal düzenlemede ise iş mevzuatındaki temel düzenlemeler dijital platform tabanlı iş ilişkisinin özellikleri gözetilerek kaleme alınmalıdır. Bu kapsamda platform çalışanlarının çalışma ve dinlenme sürelerinin, asgari ücretin, iş sağlığı ve güvenliği hükümlerinin nasıl uygulanacağı hüküm altına alınmalıdır. Bununla birlikte platform çalışanlarının sosyal güvenliği göz ardı edilmemeli, özellikle işsizlik sigortası ile iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından yararlanmaları temin edilmelidir. Son olarak dijital platformun merkezinin ülke dışında bulunduğu haller açısından, dijital platformlar tarafından temsilci görevlendirme zorunluluğu getirilerek, çalışanların iş hukuku ve sosyal güvenlik hukukundan kaynaklanan haklarını kullanmaları ve söz konusu hakların uygulanması güvence altına alınmalıdır.

KAYNAKÇA

ADAMS Abi / FREEDMAN Judith / PRASSL Jeremias, "Rethinking Legal Taxonomies for the Gig Economy", **Oxford Review of Economic Policy**, Vol. 34, Issue 3, 2018 ss. 475-494.

AKYİĞİT Ercan, "Yeni Sistemde Sendika Üyeliği ve Güvencesi", **Çalışma ve Toplum**, 2013/2, ss.41-90.

ALP Mustafa, "Tele Çalışma (Uzaktan Çalışma)", **Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan**, Cilt: 1, Beta Yayınevi, İstanbul, 2011, ss.795-854.

ASCHOFF Nicole, "App Workers in the Gig Economy: Precarious Labor During the COVID-19 Pandemic", **Dollars & Sense**, Issue 348, 2020, ss. 9-11.

ATMORE Emily, "Killing the Goose that Laid the Golden Egg: Outdated Employment Laws Are Destroying the Gig Economy", **Minnesota Law Review**, Vol. 102, Issue 2, 2017, ss. 887-922.

AYDINÖZ Gonca, İş Hukukunda Tele (Uzaktan) Çalışma, yayımlanmamış doktora tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2014.

BAJWA Uttam / Dİ RUGGİERO Erika / GASTALDO Denise, vd., "The Health of Workers in the Global Gig Economy", **Globalization & Health**, Vol. 14, Issue 1, 2018, ss. 1-4.

BAJWA Uttam / Dİ RUGGİERO Erika / ZENDEL Adam, vd., "**Towards an Understanding of Workers' Experiences in the Global Gig Economy**", 2018, https://www.glomhi.org/uploads/7/4/4/8/74483301/workers_in_the_global_gig_economy.pdf, (Erişim Tarihi: 20.11.2020).

BAVARO Vincenzo / MARINO Donato, "Le Travail Dans l'Économie des Plateformes Dans la Jurisprudence Italienne", **Revue de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale**, S. 2019(2), 2019, ss.14-23.

BLACK Celeste M., "The Future of Work: The Gig Economy and Pressures on the Tax System", **Canadian Tax Journal**, Vol. 68, Issue 1, 2020, ss. 69-98.

BORELLI Silvia, "Italy", **The Platform Economy and Social Law: Key Issues in Comparative Perspective**, Ed. Isabelle Daugareilh, Christophe Degryse, Philippe Pochet, ETUI, Working Paper, 2019.10, 2019, ss. 63-73.

BOTHA Monray Marsellus, "Evaluating the United Kingdom's Employee Shareholder Status Provisions in Context of the South African Position", **Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg (Journal for Contemporary Roman-Dutch Law)**, 78(4), 2015, ss.556-576.

BRAMESHUBER Elisabeth, "The 'personal work relationship' in Austria", **European Labour Law Journal**, Vol.: 10(3), 2019, ss.187-197.

BURKARD Lisa / CRAVEN Kelley, "The Gig Economy is Here: Is HR Ready, and How Will it Impact Employee Benefits?", **Benefits Quarterly**, Vol. 35, Issue 4, 2019, ss. 54-58.

ÇELEBİ DEMİR Duygu, **Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi**, Adalet, Ankara, 2019.

ÇELİK Nuri / CANİKLİOĞLU Nurşen / CANBOLAT Talat, **İş Hukuku Dersleri**, 32. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2019.

CHERRY Miriam A., "Beyond Misclassification: The Digital Transformation of Work", **Comparative Labor Law & Policy Journal**, Forthcoming; Saint Louis U. Legal Studies Research Paper No. 2016-2, 2016, ss. 1-27. (Erişim Tarihi: 15.10.2020).

CHERRY Mirriam A. / ALOISI Antonio, "Dependent Contractors" In the Gig Economy: A Comparative Approach", **American University Law Review**, Vol 66, Issue 3, 2017, ss. 635-689.

CHERRY Mirriam A. / ALOISI Antonio, "A Critical Examination of a Third Employment Category for On-Demand Work (In Comparative Perspective)" Forthcoming, **Cambridge Handbook on the Law of the Sharing Economy** (Nestor M. Davidson, Michele Finck & John J. Infranca, eds.); Saint Louis U. Legal Studies Research Paper, 2018, ss. 316-327.

CHOUDARY Sangeet Paul, **The architecture of digital labour platforms: Policy recommendations on platform design for worker well-being**, ILO Future of Work research paper series, No. 3, Geneva, Switzerland, 2018.

CHURCHILL Brendan / CRAIG Lyn, "Gender in the Gig Economy: Men and Women Using Digital Platforms to Secure Work in Australia", **Journal of Sociology**, Vol. 55, Issue 4, 2019, ss. 741-761.

CİVAN Orhan Ersun, "İş Hukukunda Uzaktan Çalışma (Evde Çalışma/Tele Çalışma)", **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Cilt: 7, Sayı: 26, 2010, ss.525-573.

CİVAN Orhan Ersun, "Yeni Düzenlemeler Çerçevesinde Meslek Edinilmiş Ödünç (Geçici) İş İlişkisi", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 66, Sayı: 2, 2017, 311-398.

COHNEN Karl-Dietmar, **Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht** (Editör: Wilhelm Moll), 4. Auflage, C.H. Beck, München 2017, §54.

CORRÊA Ana Maria, "Regulatory Risks Faced by the Transportation Sharing Economy: Workforces at Stake", **European Journal of Risk Regulation**, Vol. 9, Issue, 4, 2018, ss. 641-654.

COUNTOURIS Nicola **"Defining and regulating work relations for the future of work", Governance working paper series**, ILO, Geneva, 2019.

COURCOL-BOUCHARD Catherine/ PASQUIER Thomas, "Le livreur, la plateforme et la qualification du contrat", **Revue de droit du travail,** 2018, ss. 812.

DÄUBLER Wolfgang, "Working People in Germany", **Comparative Labor Law and Policy Journal**, Vol.: 21, No: 1, 1999, ss.77-98.

DAU-SCHMIDT Kenneth G. "The Impact of Emerging Information Technologies on the Employment Relationship: New Gigs for Labor and Employment Law", **University of Chicago Legal Forum**, 2017, ss. 62-94.

DE GROEN Willem Pieter / KILHOFFER Zachary / LENAERTS Karolien / FELTEN Elias, **Digital Age - Employment and Working Conditions of Selected Types of Platform Work - National Context Analysis: Austria**, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions (Eurofound), 2018.

DE STEFANO Valerio, "The Gig Economy and Labour Regulation: An International and Comparative Approach", **Law Journal of Social and Labor Relations**, Vol.4, No.2, 2018, ss. 68-79.

DE STEFANO Valerio, "The Rise of the Just-in-Time Workforce: On-Demand Work, Crowdwork, and Labor Protection in the Gig-Economy", 2015, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_443267.pdf, (Erişim Tarihi: 20.12.2020).

DOĞAN Sevil, **İş Sözleşmesinde Bağımlılık Unsuru**, Seçkin, Ankara, 2016.

DOĞAN YENİSEY Kübra, "Endüstri 4.0 Üretimin Değişen Yapısı ve İş Hukuku", **Toprak İşveren Dergisi**, S. 120, 2018, ss. 10-15.

DOĞAN YENİSEY Kübra, "Yeni Bir Tasarı Işığında Mesleki Faaliyet Olarak Geçici İş İlişkisi ve Geçici İş İlişkisi", **Prof. Dr. Turhan Esener Armağanı, I. İş Hukuku Uluslararası Kongresi**, Seçkin, Ankara, 2016, ss.133-171.

DOMINECH PASCUAL Gabriel, "Sharing Economy and Regulatory Strategies Towards Legal Change", **European Journal of Risk Regulation**, Vol.: 7, No.: 4, 2016, ss.717-727.

DOUCETTE Meriem Hodge / BRADFORD W. David, "Dual Job Holding and the Gig Economy: Allocation of Effort across Primary and Gig Jobs", **Southern Economic Journal**, Vol. 85 Issue 4, 2019, ss. 1217-1242.

DULAY Dilek, **Türk İş Hukukunda Evde Çalışma**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.

DULAY YANGIN Dilek, "Endüstri 4.0, Dijitalleşme ve İş Hukukunun Geleceği-Dijital Platformların Ortaya Çıkardığı Hukuki İlişkiler Çerçevesinde Değerlendirilmesi", **İstanbul Hukuk Mecmuası,** 78(3), 2020, ss.1209-1237.

ENGİN Murat, "Atipik İstihdam Biçimleri ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar(Özellikle Ödünç İş İlişkisi ve Evde Çalışma)", **Çalışma Hayatında Esneklik ve İş Hukukuna Etkileri, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2000 Yılı Ekim Toplantısı**, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul, 2002, ss.117-147.

ERDOĞAN Ekrem / ÇİĞDEM Serpil, "Gig Ekonomisi ve Freelance İşgücünün Yükselişi: Freelancer.com Üzerinden Bir Değerlendirme.", **Sakarya Üniversitesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Seçme Yazılar-II**, 2018, s. 229-261.

ESTLUND Cynthia, "What Should we do After Work? Automation and Employment Law" **Yale Law Journal**, Forthcoming; NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 17-28; NYU Law and Economics Research Paper No. 17-26. https://ssrn.com/abstract=3007972 (Erişim Tarihi: 23.01.2021)

EUROPEAN COMMISSION, "Service Vouchers - Belgium", 2015, https://ec.europa.eu/employment_social/empl_portal/weesp/BE-1.pdf, (Erişim Tarihi: 23.01.2021).

EUROPEAN FOUNDATION FOR THE IMPROVEMENT OF LIVING AND WORKING CONDITIONS (Eurofound), "Voucher Scheme for Seasonal Work in Agriculture, Italy", 2009, https://www.eurofound.europa.eu/data/tackling-undeclared-work-in-europe/database/voucher-scheme-for-seasonal-work-in-agriculture-italy, (Erişim Tarihi: 23.01.2021).

EUROPEAN FOUNDATION FOR THE IMPROVEMENT OF LIVING AND WORKING CONDITIONS (Eurofound), "Gig Economy", https://www.eurofound.europa.eu/observatories/eurwork/industrial-relations-dictionary/gig-economy, (Erişim Tarihi 10.12.2020).

FABRE Alexandre / ESCANDE-VARNIROL Marie-Cécile, "Le droit du travail peut-il répondre aux défis de l'ubérisation ?", **Revue de droit du travail**, 2017, ss. 166.

FELSTINER Alek "Working the Crowd: Employment and Labor Law in the Crowdsourcing Industry", **Berkeley Journal of Employment and Labor Law**, Vol. 32, Issue 1, 2011, ss. 142-203.

FRANZEN Martin, **Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht** (hrsg. von Rudi Müller-Glöge, Ulrich Preis, Ingrid Schmidt), 20. Auflage, C.H. Beck, München, 2020, TVG §12a.

GARBEN Sacha, **Protecting Workers in the Online Platform Economy: An Overview of Regulatory and Policy Developments in the EU**, European Agency for Safety and Health at Work, Luxembourg, 2017.

GARDEN Charlotte / LEONG Nancy 2018. "The Platform Identity Crisis: Responsibility, Discrimination, and a Functionalist Approach to Intermediaries", **The Cambridge Handbook of the Law of the Sharing Economy** (Edited By Nestor M. Davidson, Michèle Finck, John J. Infranca), ss.449-458.

GIOIA-CARABELLESE Pierre de, "The Employee Shareholder: The Unbearable Lightness of being: An Employee an Britian", **Maastricht Journal of European and Comparative Law**, 22(1), 2015, ss.81-95.

GOMES Barbara, "Les plateformes en droit social", **Revue de droit du travail**, 2018, ss. 150.

GONZÁLEZ Santiago Melián, "What do Consumers Appreciate About On-Demand Economy Workers?", **Psychosociological Issues in Human Resource Management**, Vol. 6, Issue 2, 2018, ss. 29-43.

GRAHAM Mark / HJORTH Isis / LEHDONVİRTA Vili, "Digital Labour and Development: Impacts of Global Digital Labour Platforms and the Gig Economy on Worker Livelihoods", **Transfer**, Vol. 23, Issue 2, 2017, ss. 135-162.

GRAHAM Mark / LEHDONVİRTA Vili / WOOD Alex J. / vd., "The Risks and Rewards of Online Gig Work at the Global Margins", 2017, https://ora.ox.ac.uk/objects/uuid:8c791d5a-e3a5-4a59-9b93-fbabea881554/ download_file?file_format=pdf&safe_filename=Risk%2Band%2BRewards %2Bo f%2BOnline%2BGig%2BWork.pdf&type_of_work=Report, (Erişim Tarihi: 20.12.2020).

GYULAVÁRI Tamás, "A Bridge too far? The Hungarian Regulation of Economically Dependent Work", **Hungarian Labour Law**, E-Journal, 2014/1, ss.83-103.

HARRİS Seth D. / KRUEGER Alan B., "A Proposal for Modernizing Labor Laws for Twenty-First-Century Work: The "Independent Worker". 2015, https://www.hamiltonproject.org/assets/files/modernizing_labor_laws_for_twenty_first_century_work_krueger_harris.pdf, (Erişim Tarihi: 20.12.2020).

HEALY Joshua / PEKAREK Andreas / VROMEN Ariadne, "Sceptics or supporters? Consumers' views of work in the gig economy", **New Technology, Work & Employment,** Vol. 35, Issue 1, 2020, ss. 1-19.

HEEKS Richard, "Decent Work and the Digital Gig Economy: A Developing Country Perspective on Employment Impacts and Standards in Online Outsourcing, Crowdwork, etc" 2017, http://hummedia.manchester.ac.uk/institutes/gdi/publications/workingpapers/di/di_wp71.pdf, (Erişim Tarihi: 20.12.2020).

HERRMANN Christoph, **Arbeitsrecht, StichwortKommentar, Alphabetische Gesamdarstellung** (hrsg. Von Isabella Grobys, Andrea Panzer-Heemeier), 3. Auflage, Edition 13, Nomos, Baden Baden, 2020, Arbeitnehmerähnliche Person.

HOGAN Hilary, "Rewinding the Clock: Workers' Rights in the Gig Economy", **King's Inns Law Review**, Vol. 9, 2020, ss. 114-128.

https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/tr/Documents/human-capital/covid-19-calisanlara-ve-calisma-hayatina-olasi-etkileri.pdf, (Erişim tarihi: 23.07.2020)

HUWS Ursula / SPENCER Neil / SYRDAL Dag, "Online, on call: the spread of digitally organised just-in-time working and its implications for standard employment models", **New Technology, Work and Employment**, Vol. 33, Issue, 2, 2018, ss. 113-129.

INTERNATIONAL LABOUR OFFICE (ILO), **Policy Responses to New Forms of Work: International Governance of Digital Labour Platforms**, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/publication/wcms_713378.pdf, 2019, (Erişim Tarihi: 22.01.2021).

INTERNATIONAL LABOUR OFFICE (ILO), **Regulating the Employment Relationship in Europe: A guide to Recommendation No. 198**, Geneva, 2013.

JAKAB Nora I., "On the Significance of the Employee Status and of the Personal Scope of Labour Law Regulation", **Zbornik Radova**, Vol.: 50, No: 3, 2016, ss.1001-1014.

JOHNSTON Hannah / LAND-KAZLAUSKAS Chris, **Organizing On-Demand: Representation, Voice, and Collective Bargaining in the Gig Economy**, International Labour Office, Geneva, 2019.

JULIEN Mathilde / MAZUYER Emmanuelle, "Le Droit Du Travail À L'épreuve Des Plateformes Numériques", **Revue De Droit Du Travail**, 2018, ss. 189.

KATTA Srujana / BADGER Adam / GRAHAM Mark / vd., "(Dis) Embeddedness and (De) Commodification: Covıd-19, Uber, and the Unravelling Logics of the Gig Economy", **Dialogues in Human Geography**, Vol. 10 Issue 2, 2020, ss. 203-207.

KELAT, Karen, "Die arbeitnehmerähnliche Person - Begriff und rechtliche Stellung im Arbeitsrecht", **Freilaw - Freiburg Law Students Journal**, No: 3, 2017, ss.80-86.

KIRVEN Alex, "Whose Gig is it Anyway? Technologıcal Change, Workplace Control and Supervısıon, and Workers' Rights in the Gig Economy.", **University of Colorado Law Review**, Vol. 89, Issue 1, 2018, ss. 249-292.

KLEBE Thomas, "Crowdwork: Faire Arbeit im Netz?", **Arbeit und Recht**, Vol.64, No.7, Juli 2016, ss.277-281.

KÖRFER Aileen / RÖTHIG Oliver, "Decent Crowdwork - The Fight for Labour Law in the Digital Age" **Transfer: European Review of Labour and Research**, Vol. 23, Issue 2, 2017, ss. 233-236.

LAMPE Christian, **Beck'scher Online-Kommentar / Arbeitsrecht** (hrsg. von Christian Rolfs, Richard Giesen, Ralf Kreikebohm, Peter Udsching), 57. Edition, C.H. Beck, 2020, BUrlG §2.

LANE Marguerita, **Regulating Platform Work in the Digital Age, Oecd Going Digital Toolkit Policy Note**, No.1, 2020, https://goingdigital.oecd.org/toolkitnotes/regulating-platform-work-in-the-digital-age.pdf, (Erişim tarihi: 22.01.2021).

MANDL Irene, **Back to the Future: Policy Pointers From Platform Work Scenarios, New Forms of Employment Series**, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions (Eurofound), Luxembourg, 2020.

MAYER Hans-Jochem, **Kündigungsschutzrecht** (hrsg. von Inken Gallner, Wilhelm Mestwerdt, Stefan Nägele), 6. Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2018, KSchG §1.

MENGEL Anja, **Gestaltung Von Arbeitsverträgen** (Editörler: Klaus Hümmerich, Martin Reufels), 4. Auflage, Nomos, Baden Baden, 2019, §1.

MICHIELSEN Joris, "Can the Introduction of a Third Party Improve the Quality of Work for Migrant Domestic Workers? The Case of the Service Vouchers System in Belgium", **Migration and Integration in Flanders** (Editörler: Christiane Timmerman, Noel Clycq, François Levrau, Dirk Vanheule), Leuven University Press, Belgium, 2018, ss.219-244.

MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi / ASTARLI Muhittin / BAYSAL Ulaş, **İş Hukuku Ders Kitabı**, Cilt: 1 Bireysel İş Hukuku, 4. Baskı, Lykeion Yayınları, Ankara, 2020.

MULLER Zane, "Algorithmic Harms to Workers in the Platform Economy: The Case of Uber.", **Columbia Journal of Law & Social Problems,** Vol. 53 Issue 2, 2020, ss. 167-210.

OECD, "Labour market regulation 4.0: Protecting workers in a changing world of work", in OECD Employment Outlook 2019: The Future of Work, OECD Publishing, Paris, 2019.

OECD, "New Forms of Work in the Digital Economy". https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DSTI/ICCP/IIS(2015)13/FINAL&docLanguage, (Erişim Tarihi: 12.10.2020).

PERULLI Adalberto, "The Legal and Jurisprudential Evolution of the Notion of Employee", **European Labour Law Journal**, Vol.: 11(2), 2020, ss.117-130.

POON Teresa Shuk-Ching, "Independent Workers: Growth Trends, Categories, and Employee Relations Implications in the Emerging Gig Economy", **Employee Responsibilities & Rights Journal**, Vol. 31, Issue 1, 2019, ss. 63-69.

PRASSL Jeremias / MARTIN Risak, "Uber, Taskrabbit, and Co.: Platforms as Employers - Rethinking the Legal Analysis of Crowdwork", **Comparative Labor Law & Policy Journal**, Vol.: 37, No.: 3, 2016, ss.619-652.

PRASSL Jeremias, "Employee Shareholder 'Status': Dismantling the Contract of Employment", **Industrial Law Journal**, Vol. 42, No. 4, 2013, ss.307-337.

RATTI Luca, "Online Platforms and Crowdwork in Europe: A Two-Step Approach to Expanding Agency Work Provisions", **Comparative Labor Law & Policy Journal**, Vol.: 38, No.: 3, 2017, ss.477-512.

RISAK Martin, **Fair Working Conditions for Platform Workers: Possible Regulatory Approaches at the Eu Level**, Friedrich Ebert Stiftung, Berlin, 2018.

ŞAHİN Barış, "İşçinin Pay Sahipliğinin Esneklik Açısından Değerlendirilmesi: İngiltere Örneği", **Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi - Arş. Gör. Ceren Damar Şenel Armağanı**, III. Cilt, C.5, S.1, 2020, ss.2861-2882.

SANTOS SILVA Marta, "A New Labour Ecosystem in the Sharing Economy: A Platform for Growth?", 2017, https://ssrn.com/abstract=3058060, (Erişim tarihi: 25.08.2020).

SCHMİDT Florian Alexander, "Digital Labour Markets in the Platform Economy, Mapping the Political Challenges of Crowd Work and Gig Work", 2017, https://www.researchgate.net/publication/314719905_Digital_Labour_Markets_in_the_Platform_Economy_Mapping_the_Political_Challenges_of_Crowd_Workand_Gig_Work, (Erişim Tarihi: 20.12.2020).

SEZGİN, Cem, "COVID-19: Çalışanlara ve Çalışma Hayatına Olası Etkileri", Deloitte, 2020,

SEZGİN, Cem, "İşin Geleceği: Uzaktan çalışma sisteminde organizasyonel dayanıklılığı korumak", Deloitte, 2020, https://www2.deloitte.com/content/dam/ Deloitte/tr/Documents/human-capital/isin-gelecegi-uzaktan-calisma-sisteminde-organizasyonel-dayanikliligi-korumak.pdf, (Erişim tarihi: 23.07.2020)

SIMON Stefan / ESSKANDARI Manzur, **Stichwortkommentar Arbeitsrecht** (Editörler: Marcel Grobys, Andrea Panzer-Heemeier), 3. Auflage, Nomos, Baden Baden, 2020, Aktienoptionen.

SPINNER Günter, **Münhener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5, Schuldrecht - Besonderer Teil II** (hrsg. von Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker, Bettina Limperg), 8. Auflage, C.H. Beck, München, 2020, BGB §611a.

SUNSHINE Naomi B., "Employees as Price-Takers", **Lewis & Clark Law Review**, Vol.: 22, No: 1, 2018, ss.105-156.

SÜZEK Sarper, **İş Hukuku**, 19. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2020.

TAVITS Gaabriel, "Tasks and Responsibilities of an Employer in a Digital Age: How to Comply with Applicable Requirements for Work Conditions", **Juridica International**, 27/2018, ss.79-87.

TIČAR Luka, "The ILO Concept of Economic Dependence in Slovenian Labour Law", **Zbornik PFZ**, 70(4), 2020, ss.513-537.

TIPPETT Elizebeth "Employee Classification in the United States" Cambridge Handbook of the Law of the Sharing Economy; Davidson, N. M., Finck Michèle, Infranca, J. J., Eds.; **Cambridge University Press**, Cambridge, 2018, ss.291-303.

TODOLÍ-SIGNES Adrian, "Workers, the self-employed and TRADEs: Conceptualisation and collective rights in Spain", **European Labour Law Journal**, Vol 10, No. 3, 2019. ss. 254-270. (TRADEs)

TODOLÍ-SIGNES Adrian, "The End of the Subordinate Worker? Collaborative Economy, On-Demand Economy, Gig Economy, and the Crowdworkers' Need for Protection", **International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations (IJCLLIR)**, Vol. 33, No. 2, 2017, ss. 1-33.

TRONSOR William J., "Unions for Workers in the Gig Economy: Time for a New Labor Movement", **Labor Law Journal**, Vol. 69 Issue 4), 2018, ss.181-193.

UNGUREANU Alexandra, "Industry 4.0. The Role of Gig Economy in the Industrial Revolution of the 21st Century" **The USV Annals of Economics & Public Administration**, Vol. 19, Issue 2, 2019, ss. 77-84.

VALLAS Steven / SCHOR Juliet B., "What do Platforms do? Understanding the Gig Economy", **Annual Review of Sociology**, Vol. 46, 2020, ss. 273-294.

VAN DEN BERGH Kieran. "Plateformes numériques de mise au travail: mettre fin à une supercherie" **Revue de droit du travail**, 2018, ss. 318.

VAN DEN BERGH Kieran. "Plateformes numériques de mise au travail: mettre en perspective le particularisme français", **Revue de droit du travail**, 2019, ss. 101.

WIEBAUER Bernd, **Gewerbeordnung und Ergänzende Vorschriften, Band I - Gewerbeordnung Kommentar** (Robert von Landmann, Gustav Rohmer - Begr.), 84. Ergänzungslieferung, C.H. Beck, München, 2020, ArbSchG §2.

WOOD Alex J. "The Taylor Review: understanding the gig economy, dependency and the complexities of control: Good Work: The Taylor Review of Modern Working Practices, reviewed by Alex J. Wood", **New Technology, Work & Employment**, Vol. 34, Issue 2, 2019, ss. 111-115.

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2021; 1: 803-833

FRANSIZ HUKUKU'NDA *AMICUS CURIAE* (MAHKEME DOSTU) KURUMU(*)

Doç. Dr. **Nur BOLAYIR**(**)

Öz: *Amicus curiae* kurumu, bilimsel ve teknik konular ile hukukî konularda mahkemelere yardımcı olmayı amaçlamaktadır. Fransız Hukuku'nda, mahkemelerin uygulaması doğrultusunda gelişme göstermiş olan bu kuruma ilişkin açık bir kanunî düzenlemeye yer verilmiştir. Türk Hukuku'nda ise, *amicus curiae*'ye başvurulabilmesi hususunda açık bir kanunî düzenleme bulunmamaktadır; ancak yargılamanın her aşamasındaki hâkimler, Türk Medenî Kanunu'nun 1. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, kararlarını verirken bilimsel görüşlerden yararlanabileceklerinden, *amicus curiae* kurumuna da başvurabileceklerdir. Ancak, uygulamada yaşanabilecek tereddütlerin önüne geçilebilmesi bakımından yargılamanın her aşamasındaki hâkimlerin, özellikle hukukî konularda *amicus curiae*'den yardım alabileceklerine ilişkin açık bir kanunî düzenleme getirilmesi çok daha isabetli olacaktır.

Anahtar Kelimeler: *Amicus Curiae*, Bilirkişilik, Uzman Görüşü, Türk Hukuku, Fransız Hukuku.

INSTITUTION OF *AMICUS CURIAE* (FRIEND OF COURT) IN FRENCH LAW

Abstract: Institution of *amicus curiae* intends to give help to the courts about some scientific, technical and juridical problems. In French Law, at first this institution has developed in accordance with the judgments of the courts and than a legal provision about this institution has been introduced. In Turkish Law, even thought there isn't a special legal provision concerning this institution, the courts could consult to *amicus curiae*, according to article 1, paragraph 3 of Turkish Civil Code, giving permission to the judges to benefit from scientific decisions, when they rend a judgement. But, to

(*) Makale Gönderim Tarihi: 01.04.2021. Makale Kabul Tarihi: 01.06.2021.

(**) Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku, Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (ORCID no: 0000-00001-6871-1181; *nbolayir@gsu.edu.tr*).

prevent from the hesitations in practice, the most suitable solution is to introduce a special legal provision providing to the judges at any stage of jurisdiction, to consult to amicus curiae especially about juridical problems.

Keywords: *Amicus Curiae*, Expertise, Expert Witness, Turkish Law, French Law.

GİRİŞ

Tarihi Roma Hukuku'na dayanan gerek bilimsel ve teknik konularda, gerekse hukukî konularda mahkemelere yardımcı olmayı amaçlayan *amicus curiae* kurumu, ilk kez İngiliz Hukuku'nda uygulama alanına sahip olmuş; ardından Kıta Avrupası Hukuku'nda da tatbik edilmeye başlanmıştır. Çalışma konumuzu oluşturan Kıta Avrupası Hukuku'nu benimseyen Fransız Hukuku'nda ise, önceleri mahkemelerin uygulamaları doğrultusunda bu kuruma müracaat edilmiş; ardından da konuya ilişkin olarak özel kanunî düzenlemelere yer verilmiştir.

Çalışmamızda, ilk olarak *amicus curiae* kurumunu etimolojik ve tarihsel açıdan genel olarak tanıtmayı; ardından bu kurumun Fransız Hukuku'ndaki tarihsel gelişimine değinip, kurumun işlevini ve hukukî niteliğini ortaya koymayı; son olarak da ilgili kurumun Türk Hukuku'nda uygulanabilmesine ilişkin olarak, etraflıca bir değerlendirmede bulunmayı amaçlamaktayız.

I. *AMICUS CURIAE* KURUMUNUN ETİMOLOJİK VE TARİHSEL AÇIDAN GENEL OLARAK TANITIMI

Amicus curiae kurumunun kökeni, bu kurumun atası olarak kabul edilen Roma Hukuku'ndaki *"consilium"* sistemine dayanmaktadır. Uzman hukukçulardan, bilirkişilerden oluşan *"consilium magistratum"* olarak adlandırılan konsey, hâkimlere *"ius dicere",* yani hukuku uygulama faaliyetleri kapsamında yardımcı olmakta ve tavsiyede bulunmaktaydı. *"Consilium magistratum"*, imparatora idarî ve hukukî görevlerinde yardımcı olan *"consilium principis"* ile benzerlik göstermekteydi. Bu çerçevede, imparatorluk konseyinin üyeleri *"amici principi"* veya *"amici augusti"* olarak nitelendirilmekte; *"consilium magistratum"* üyeleri ise, tavsiye veren veya hukukçu olarak isimlendirildikleri gibi, bazen de *"amis"*, yani dostlar olarak adlandırılmaktaydılar. Belirttiğimiz *"consilium"* ve *"amis"* kavramlarından yola çıkılarak, zaman içinde İngiliz Hukuku'nda *"amicus curiae"* kavramı kullanılmaya başlanmış ve ilk kez 1293 ve 1353 yılında yayınlanmış olan eserlerde bu kurumun varlığından söz edilmiştir[1].

---

[1] MENÉTREY Séverine**, L'amicus curiae, vers un principe de droit international procédural?**, Thèse pour le doctorat en droit, Tome I, Laval, 2009, s.23-24; WOOG Jean-Claude / LAURIN Yves, Amicus curiae, **Répertoire de procédure civile**, Juin 2017, s.7 (www.dalloz.fr).

Bu bağlamda, *amicus curiae* kavramına karşılık olarak Fransız Hukuku'nda, mahkeme dostu *(ami de la cour)* kavramı da kullanılmakla birlikte, eserlerin pek çoğunda *amicus curiae* kavramı adı altında ilgili kurumdan söz edildiğinden, biz de açıklamalarımızda Latince terime yer vermeyi tercih ediyoruz.

Hâkimlerin, avukatların aksine, çoğunun uzman olmamaları sebebiyle, *amicus curiae* kurumu aracılığıyla, dikkatleri, tarafların ileri sürmedikleri, bazı kanunların ve önceden verilmiş emsal kararların üzerine çekilmiş ve böylece hâkimler mevcut hukukî bilgi eksikliklerini tamamlamaya çalışmışlardır. 13. yüzyılda baroların oluşturulması ve 1315 yılında savcılık makamının tesis edilmesi neticesinde, *amicus curiae* görevi ilk olarak avukatlarca yerine getirilmiş; bu çerçevede söz konusu görevi üstlenen avukat, adaletin sağlanmasına katkıda bulunmuştur. Ancak, avukatlara söz konusu görevin ifası hususunda münhasır bir yetki tanınmamış; belli bir hukuk alanında özel bilgi sahibi olan ünlü bir uzmanın bulunması halinde avukatın yerine ilgili uzmanın görev yapabilmesi benimsenmiştir. Böylece, *amicus curiae* olarak görevlendirilen kişi, tarafların menfaatlerini gözeterek hukukî bilgi eksikliklerini gidermeye çalışarak, aslında *"mahkemenin avukatı"* olarak işlev görmüştür[2]. Bu çerçevede, ilk kez İngiliz Hukuku'nda 1468 tarihli bir mahkeme kararında, mahkemenin kararını eksik bir temele dayandırmasının önüne geçilebilmesi için herkesin mahkemeyi uyuşmazlık hakkında bilgilendirebileceği belirtilmek suretiyle, *amicus curiae* kurumuna ilişkin olarak bir tanımlama yapılmıştır[3].

İlk olarak İngiliz Hukuku'nda benimsenmiş olan *amicus curiae* kurumu, zaman içinde Common Law hukuk sistemini kabul eden Amerika Birleşik Devletleri ve Kanada Hukukları'nda da uygulanmaya başlanmış; daha sonraları ise, aşağıda Fransız Hukuku bakımından ayrıntılı olarak ele alacağımız üzere, Kıta Avrupası hukuk sisteminde de tatbik kabiliyeti kazanmıştır.

II. FRANSIZ HUKUKU'NDA *AMICUS CURIAE* KURUMUNUN TARİHSEL GELİŞİMİ

Fransız Hukuku'nda, *amicus curiae* uygulamasından ilk olarak 21 Haziran 1988 tarihli Paris İstinaf Mahkemesi kararında yararlanılmıştır. İstinaf

---

2 MENÉTREY, Tome I, s.24-26.

3 WOOG/ LAURIN, s.7. İngiliz Hukuku'nda *amicus curiae* kurumunun tarihi gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. MOHAN S. Chandra, The amicus curiae: friends no more?, **Singapore Journal of Legal Studies**, 2010/2, https://ink.library.smu.edu.sg/cgi/viewcontent.cgi?article=2927&context=sol_researchs, 5 vd.

Mahkemesi'nin kararına konu olan uyuşmazlık, avukatlık meslek kurallarının tatbikine dayanmaktadır; Evry meslek birliği konseyi, avukatların etkin şekilde yürüttükleri faaliyetlerinin listesinin yayınlanmasına karar vermiş ve bu karara karşı Paris İstinaf Mahkemesi nezdinde bir avukat tarafından kanun yoluna başvurulmuştur. Kararda incelenmesi gereken hukukî sorun, avukatların söz konusu faaliyetleri hakkında bir listenin yayınlanıp yayınlanmayacağı hususunda meslek odaları ve derneklere yetki tanınıp tanınmadığına ilişkindi; ancak söz konusu yetki tesisi bakımından bir hukuk boşluğu bulunduğundan, hâkimin hukuk yaratma yoluna gitmesi gerekmekteydi. Bunun üzerine, Paris İstinaf Mahkemesi, Paris Barosu başkanını *amicus curiae* olarak görevlendirmiş; istinaf başvurusunda bulunan avukat ise, Parisli olan avukatlar ile Parisli olmayan avukatlar arasında bir çıkar çatışmasına sebep olabileceği gerekçesiyle, Paris Barosu başkanının reddini talep etmiştir. İstinaf Mahkemesi ret talebini yerinde bulmamakla birlikte, Paris Barosu başkanının yanı sıra, barolar birliği başkanını, Danıştay'dan eski bir üyeyi ve avukatlar sendikası başkanını da *amicus curiae* olarak görevlendirmiş; ayrıca kendi görevlendirdiklerinin dışında taraflardan her birine birer uzman kişiyi daha seçebilme imkânı tanımıştır[4]. Böylece, mahkeme çözümlenmesi gereken mesele hakkında hem daha fazla aydınlanmayı amaçlamış; hem de kendi keyfi iradesine göre seçim yaptığına dair bir kanaat oluşmasını engellemek istemiştir[5].

Paris İstinaf Mahkemesi'nin ardından, Temyiz Mahkemesi Hukuk Genel Kurulu'nun 31 Temmuz 1991 tarihli kararında *amicus curiae* uygulamasından yararlanılmıştır. Cumhuriyet savcısı tarafından kanun yararına yapılan temyiz başvurusunda çözümlenmesi gereken hukukî sorun, bir kadının, karşılık beklemeksizin, taşıyıcı annelik yoluyla hamile kalıp doğum yaptıktan sonra çocuğunu terk etmesinin kararlaştırıldığı bir sözleşmenin, insan vücudunun ve kişiliğin dokunulmazlığını ihlâl ettiğinden bahisle, kamu düzenine aykırı olup olmadığının belirlenmesiydi. Alt derece mahkemesince bu sözleşme geçerli olarak kabul edilmişti. Hukuk Genel Kurulu ise, kararını vermeden önce hayat ve sağlık bilimlerine ilişkin ulusal etik komitesi başkanı olan öğretim üyesine *amicus curiae* olarak başvurmayı uygun görmüştür. Üst mahkeme, bu bilim adamının verdiği bilgi doğrultusunda böyle bir sözleşmenin, insan vücudunun ve kişiliğin dokunulmazlığını ihlâl ettiği;

---

4 MENÉTREY, Tome I, s.42; WOOG/LAURİN, s.5; FERRAND Fréderique, **Répertoire de procédure civile**, Décembre 2013, no: 53 (www.dalloz.fr).

5 FERRAND, no: 54.

evlat edinme kurumunun saptırılmasına yol açacağı sonucuna varmış ve kararı bozmuştur[6].

Paris İstinaf Mahkemesi'nin 27 Kasım 1992 tarihli kararına konu olan ve *amicus curiae* uygulamasına başvurduğu uyuşmazlık ise, kan nakli nedeniyle HIV virüsü kapıp, aids hastalığına yakalanmış olan mağdurun tazminat talebine ilişkindi. Davacı, hastalığın 18 Mayıs 1971 tarihinde yapılan kan nakliyle bulaştığını iddia etmekte; davalı tazminat fonu ise, aids hastalığının 1 Ağustos 1990 tarihinde, yani kan naklinin yapılmasından on dokuz yıl sonra ortaya çıkmış olması sebebiyle, kan nakli ile hastalığın bulaşması arasında nedensellik bağının kurulamayacağı şeklinde savunmada bulunmaktaydı. Bunun üzerine, davacı cevaba cevap olarak söz konusu nedensellik bağını ispat yükü altında bulunmadığını, tazminat talep edebilmesi için kan naklini ve bulaşmayı ispatlamasının yeterli olduğunu; dolayısıyla virüs eskiden beri varlığını sürdürmekle birlikte, bulaşmanın ardından hastalığın ortaya çıkışının uzun zaman alabileceğini ileri sürmüştü. Paris İstinaf Mahkemesi ise, uyuşmazlığın çözüme kavuşturulabilmesi için virüsün bulaşma anı, bulaşmaya ilişkin süreç, bulaşmanın gerçekleşmesi ile hastalığın ortaya çıkması arasında geçebilecek zaman gibi hususlar hakkında bilgi vermesi için *amicus curiae* olarak bir öğretim üyesini tarafların da hazır bulundukları duruşmaya davet etmiştir. Sonuç olarak, İstinaf Mahkemesi öğretim üyesinin yapmış olduğu bilgilendirme doğrultusunda davacıya tazminat ödenmesine karar vermiştir[7].

Fransız Hukuku'nda *amicus curiae*'nin ilk uygulama örneklerini oluşturan bu üç kararı inceleyecek olursak, ilk kararda avukatların meslek kurallarının tatbiki hakkında, yani belli bir vakıanın varlığı hususunda bilgi almak için *amicus curiae*'ye başvurulduğu; taşıyıcı anneliğe konu olan ikinci kararda ise, *amicus curiae* kurumundan ahlâki bir görüş almak amacıyla yararlanıldığı; aids hastalığına dayalı tazminat talebine ilişkin üçüncü kararda ise, tamamen bilimsel bir görüş edinmek için *amicus curiae*'ye müracaat edildiği anlaşılmaktadır[8]. Görüldüğü üzere, mahkeme gerek bilimsel teknik konular,

---

6 MENÉTREY, Tome I, s.43; WOOG/LAURİN, s.5-6. Kararın metni için bkz. Cour de Cassation, Assemblée Plénière, 31.05.1991, 90-20.105 (https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007026778) (Erişim Tarihi: 15.03.2021).

7 LAURIN Yves, Désignation d'un amicus curiae pour permettre à une cour d'appel de recueillir tous éléments d'information corcernant la contamination par le virus du sida, **Recueil Dalloz**, 1993, s.1-3 (www.dalloz.fr); WOOG/LAURIN, s.6.

8 WOOG/LAURIN, s.7.

gerekse vakıalar ile hukuk kuralları hakkında bilgi sahibi olmak amacıyla *amicus curiae*'den yardım almaktadır[9].

Temyiz aşamasında sadece hukuk kurallarının doğru uygulanıp uygulanmadığı denetlenecek olup, uyuşmazlığın esası hakkında bir inceleme yapılamayacağı düşünülebilirse de, tatbik edilecek hukuk kuralları yargılamaya getirilmiş mevcut vakıalar çerçevesinde belirlenmektedir. Dolayısıyla, temyiz aşaması da dâhil olmak üzere, yargılamanın her aşamasında hukuk kurallarının re'sen uygulanması bakımından vakıa ve hukuk arasında karşılıklı bir ilişki bulunmakta olup, onların birbirlerinden ayrı olarak değerlendirilmeleri mümkün değildir[10]. Hukuk kuralları ile ahlâk kuralları arasında da yakın bir ilişki mevcuttur; örneğin taşıyıcı annelik sözleşmesinin geçerli olarak sayılıp sayılmayacağı bu kapsamdadır. Nitekim, sözleşmenin konusunun ahlâk kurallarına aykırılık nedeniyle geçersiz sayılması halinde, akdin kesin hükümsüz olacağına dair hukuk kuralının uygulanabilmesi için öncelikle ahlâka aykırılığın belirlenmesi gerektiğinden, etik komitesi oluşturulmuştur[11].

Mahkemelerin uygulaması doğrultusunda Fransız Hukuku'na girmiş olan *amicus curiae* kurumu, ilk kez 18 Kasım 2016 tarihli 21. Yüzyıl Adaletinin Çağdaşlaştırılmasına İlişkin Kanun'un 39. maddesiyle[12] Adlî Teşkilât Kanunu'na L-431-3-1 hükmünün eklenmesi suretiyle, adlî yargıda kanunî bir düzenlemeye kavuşturulmuştur[13]. Anılan hükme göre, Temyiz Mahke-

---

9 Üst derece mahkemelerinin yanı sıra, alt derece mahkemeleri tarafından da *amicus curiae* kurumuna başvurulmaktadır. Bu çerçevede, Paris Ticaret Mahkemesi, 2 Mayıs 1994 ve 22 Ekim 1996 tarihli kararlarına konu olan uluslararası alanda birlikte sigortalılığa ilişkin uyuşmazlıkta *amicus curiae*'yi görevlendirip ondan görüş alma yoluna gitmiştir. Bu hususta bkz. LAURIN Yves, Dix années de mise en œuvre de l'amicus curiae, **Petites affiches**, 24.12.1997, no: 154, s.1(http://www.lextenso.fr).

10 WOOG/LAURIN, s.10.

11 WOOG/LAURIN, s.12-13.

12 İlgili kanun hakkında bkz. https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000033418805.

13 Kanunî düzenleme öncesinde, Temyiz Mahkemesi, yukarıda açıkladığımız 1991 tarihli kararından sonra da 2004 yılında sözleşmelerin hukukî nitelendirilmesi çerçevesinde yatırım sigortası sözleşmelerinin, hayat sigortası mı yoksa mevduat sigortası olarak mı değerlendirilmesi gerektiği hususunda *amicus curiae*'ye başvurmuştur. Bu çerçevede, Mahkeme ekonomi ve finans bakanlığından, adalet bakanlığından, sigorta toplulukları federasyonundan, noterlik yüksek konseyinden görüş almış; sonuç olarak ilgili sözleşmelerin hayat sigortası sözleşmesi olarak kabul edilmesi gerektiği kanaatine varmıştır (ENCINAS DE MUNAGORRI Rafael, L'ouverture de la Cour de cassation aux *amici curiae*, **RTD Civ.**, 2005, s.1 (http://www.dalloz.fr); MENETRÉY, Tome I, s.44-45; WOOG/LAURIN, s.22). Kararın metni için bkz. Cour de Cassation, Chambre Mixte, 23.11.2004, 01-13592 (https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007052464) (Erişim Tarihi:

mesi, temyiz incelemesi sırasında sahip olduğu yetkisi veya bilgisi doğrultusunda uyuşmazlığın çözümlenebilmesi için aydınlatılması gereken noktalar hakkında açıklamalarda bulunabilecek herkesi davet edebilecektir[14].

Medenî Usûl Kanunu'nun 1015-2 maddesinde ise, temyiz mahkemesinin Adlî Teşkilât Kanunu'nun L-431-3-1 maddesi çerçevesinde ilgili kişiyi davet etmesi halinde, bu kişinin gözlemlerini yazılı olarak ortaya koyabileceği veya duruşmada tarafların huzurunda dinlenilebileceği belirtilmiş; yazılı beyanda bulunulması durumunda raporun taraflara tebliğ edilmesi, sözlü olarak duruşmada beyanda bulunulması durumunda ise, taraflara yazılı açıklama yapabilmeleri[15] için süre verilmesi gerektiği düzenlenmiştir[16].

15.03.2021). Ayrıca, ceza yargılamasında bakımından da Temyiz Mahkemesi Ceza Genel Kurulu tarafından 2001 yılında *amicus curiae* kurumundan yararlanılmıştır. Ceza Genel Kurulu, öldürme kastı taşımayan müessir fiil sonucunda gerçekleşen ölüm hakkında cezaî yaptırım öngören Ceza Kanunu'nun 221-6 maddesinin anne karnındaki fetüsün ölümü halinde de uygulanıp uygulanmayacağı hususunda hukuk fakültesi öğretim üyelerinden, tıp akademisinden, etik ve hayat bilimleri ulusal danışma komitesinden görüş almıştır (ENCINAS DE MUNAGORRI, s.3; MENETRÉY, Tome I, s.44; FERRAND, no: 54). Kararın metni için bkz. Cour de Cassation, Assemblée Plénière, 29.06.2001, 99-85973 (https:// www. legifrance.gouv.fr/ juri/id/ JURITEXT 000007071215) (Erişim Tarihi: 15.03.2021).

[14] WOOG/LAURIN, s.14; REDON Michel, Mesures d'instruction confiées à un technicien, **Répertoire de procédure civile**, Février 2021, s.20 (www.dalloz.fr). 22 Şubat 2010 tarihli kararnameyle, idarî yargıya ilişkin olarak, İdarî Yargılama Usûlü Kanunu'nun R.625-3 maddesinde tahkikatı yürüten makamın, uzmanlığı ve bilgisi sayesinde uyuşmazlığa ilişkin çözüm yolu hakkında kendisini aydınlatabilecek, belirtmiş olduğu noktalar hakkında gerekli açıklamaları yapabilecek herkesi davet edebileceği düzenlenmiştir. İlgili hükme göre görüş yazılı olarak bildirilecek ve taraflara tebliğ edilecektir; aynı şartlar dâhilinde herkes, tahkikat makamı veya yargılama makamı huzurunda sözlü açıklamalarda bulunması için davet edilebilecek; taraflar da usûlüne uygun olarak çağrılacaklardır. Bu çerçevede, Fransız Danıştay'ı da belirttiğimiz hüküm bağlamında *amicus curiae* kurumundan yararlanmıştır. Bu hususta bkz. COSLIN Christelle, Quel futur pour l'amicus curiae en France, **Gaz.Pal.**, 08.01.2013 no: 112, s.1 (www.lextenso.fr); WOOG/LAURIN, s.20-21. Ayrıca, Para ve Finans Kanunu'nda da 2007 yılında *amicus curiae* uygulamasını ortaya koyan bir düzenleme yapılmıştır; anılan Kanun'un L.621-20 maddesine göre her hukuk ve ceza yargılaması makamı ile her idarî yargı makamı finans piyasaları kurumu başkanını veya temsilcisini görüşlerini bildirmesi, bu görüşlerini duruşmada ayrıntılı olarak açıklaması için davet edebilecektir (COSLIN, s.1).

[15] Gerek alt derece mahkemesi, gerekse üst derece mahkemelerindeki yargılama sırasında *amicus curiae*'ye başvurulması halinde, taraflara mutlaka *amicus curiae*'nin beyanlarına karşı açıklamada bulunma imkânı verilip, hukukî dinlenilme hakkının tanınması gerektiği hususunda bkz. CANIVET Guy, L'amicus curiae en France et aux Etas-Unis, **RJ com.**, Mars-Avril 2005, no: 2, s.105; KLEIN Gaëtan, **La place de l'amicus curiae en procédure civile française et allemande**, 26.02.2009, https:// blogs.parisnanterre.fr/content/la-place-de-l'amicus-curiae-en-procédure-civile-française-et-allemande-par-gaëtan-klein, s.4.

[16] PIWNICA Emmanuel, Commentaire du décret no: 2017-396 du 24 mars 2017 portant diverses dispositions relatives à la Cour de cassation, **Gaz. Pal.,** 2 Mai 2017, no: 293, s.2 (www.lextenso.fr); REDON, Mesures d'instruction, s.20. Uluslar Ötesi Medenî Usûle İlişkin Unidroit Prensipleri'nin 13. maddesinde de *amicus curiae* kurumuna yer verilmiştir. İlgili

Anılan hükümlerin paralelinde, Ticaret Kanunu'nun L.462-3 maddesinde yargılama makamları tarafından rekabet hukukuna aykırı uygulamalar hakkında Rekabet Kurumu'na danışılabileceği belirtilmiş; Kurum'un görüşünü hukukî dinlenilme hakkına uygun şekilde yürütülmüş bir yargılama dâhilinde açıklayabileceği ortaya konulmuştur. Böylece, rekabet hukukuna aykırı eylemlerin belirlenmesi açısından *amicus curiae* kurumu açıkça kabul edilmiştir[17].

Adlî Teşkilât Kanunu'nun L-431-3-1 maddesinde yalnızca temyiz aşamasında *amicus curiae* kurumunun uygulanabileceğine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmiş; Ticaret Kanunu'nun L.462-3 maddesinde ise, tahkikat mahkemeleri olan ilk derece ve istinaf mahkemeleri tarafından *amicus curiae*'ye başvurulmasına imkân tanınmıştır. Ancak, ilk derece mahkemesi ve istinaf mahkemesi nezdindeki yargılama sırasında, Ticaret Kanunu'nun L.462-3 maddesindeki gibi *amicus curiae* kurumunun uygulanabileceğine ilişkin olarak açık bir kanun hükmü mevcut olmasa bile, uyuşmazlığın çözümünde etkili olan vakıaların taraflardan birinin talebi üzerine veya re'sen her tür tahkikat işlemine konu olabileceğine ilişkin Fransız Medenî Usûl Kanunu'nun 143. maddesine dayanarak, ilk derece mahkemesi hâkimi kendiliğinden *amicus curiae*'ye müracaat edebilecektir. İstinaf aşamasında ise hâkim, gerek 1988'den beri istinaf mahkemelerinde bu kurumun uygulama alanı bulması, gerekse Kanun'un 143. maddesi doğrultusunda *amicus curiae*'ye başvurabilecektir[18].

III. *AMICUS CURIAE* KURUMUNUN İŞLEVİNİN VE HUKUKÎ NİTELİĞİNİN İNCELENMESİ

1. *Amicus Curiae* Kurumunun İşlevinin İncelenmesi

Uygulamadaki örneklerden de anlaşıldığı üzere, *amicus curiae* kurumu sayesinde yargılama sırasında taraflardan tamamen bağımsız olan, tarafsız konumdaki kamu hukuku veya özel hukuk alanında yetkin bir gerçek ya da

---

hükme göre, mahkeme taraflara danıştıktan sonra üçüncü kişilerden dava için önem taşıyan hukukî sorunlar ve uyuşmazlığın genel içeriği hakkında yazılı görüş alabileceği gibi, kendisi de böyle bir görüş isteyebilecektir. Mahkemenin, *amicus curiae*'nin görüşünü dikkate almasından önce taraflara bu görüşün içeriği hakkında yazılı olarak açıklamalarda bulunma imkânı tanınmalıdır. Söz konusu düzenleme için bkz. https:// www.unidroit.org/fr/franchisage-guide-2nd-autre-langues/91-instruments/instr-civil-procedure/1332-principes-ali-unidroit-de-procedure-civile-transnationale.

17 Bu hususta bkz. REDON, Mesures d'instruction, s.20.

18 LAURIN, Amicus curiae, s.1; WOOG/LAURIN, s.14-15 ve 18.

tüzel kişiye, mahkeme tarafından re'sen veya taraflardan birinin talebi üzerine[19], hukuk kuralları, vakıalar, ahlâk kuralları ve teknik konular hakkında yazılı ya da sözlü olarak danışılması suretiyle, uyuşmazlığın çözümü bakımından önem taşıyan meselelerin açıklığa kavuşturulması söz konusu olmaktadır. Böylece, hâkimin gerek hukuk kuralları ile vakıalar, gerekse teknik konular hakkında bilgilendirilmesi[20] ve aydınlatılması amaçlanmaktadır[21].

Hâkim, uyuşmazlığın çözüme kavuşturulabilmesi için hukuk dışında özel bir bilimsel, teknik bilgi gerektiren, tıp, biyoetik veya sosyoloji gibi alanları ilgilendiren konularda *amicus curiae*'ye başvurabilecek; *amicus curiae* hâkimin somut uyuşmazlığı çözüme ulaştırıp kararını vermesine yardımcı olacaktır[22].

Bilimsel ve teknik konuların yanı sıra *amicus curiae*, aynı zamanda hâkimin kararının temelini dayandırdığı vakıalara ve hukuk kurallarına ilişkin içerik hakkında da hâkimin bilgi sahibi olmasına katkıda bulunmakta; uyuşmazlığa uygulanacak hukuk kuralının belirlenmesi hususunda hâkime yardımcı olmaktadır. Hâkim, hukuku re'sen uygulama faaliyeti çerçevesinde, kural olarak hukuk kuralları hakkında bilgi sahibi olmalıdır; ancak hâkimin genel hukuk bilgisini aşan teknik hukuk bilgisi[23] gerektiren konularda;

---

19 Paris İstinaf Mahkemesi'nin 27 Kasım 1992 tarihli kararına konu olan, kan nakli nedeniyle HIV virüsü kapıp, aids hastalığına yakalanmış olan mağdurun tazminat talebine ilişkin kararla benzerlik taşıyan, Paris İstinaf Mahkemesi'nin 1 Mart 2007 tarihli kararında ise, kan nakli neticesinde virüsün bulaşıp bulaşmadığının tespiti için davacının talebi üzerine *amicus curiae*'ye başvurulmuştur. Bu hususta bkz. Cour d'appel de Paris, 01.03.2017, 04/13365 (www.lextenso.fr).

20 *Amicus curiae*'nin bilgilendirme faaliyetinin herhangi bir maddî karşılık beklemeksizin tamamen gönüllülük esasına dayalı olabileceği, böylece *amicus curiae*'nin bağımsızlığının temin edilmiş olacağı hususunda bkz. CORNU Gérard, **Vocabulaire juridique**, PUF, Paris, 2001, s.53; MAZEAUD Denis, Expert et procédure: l'amicus curiae, **RDA**, Octobre 2012, s.98. Uygulamada, *amicus curiae*'nin sıklıkla ücretsiz olarak görev aldığı hususunda ayrıca bkz. FRISON-ROCHE Marie-Anne, Expert et procédure: l'amicus curiae, **RDA**, Octobre 2012, s.93.

21 JULIEN Pierre, La mission de médiation conférée à un magistrat est exclusive de tout pouvoir juridictionnel, **Recueil Dalloz**, 1992, s.1 (www.dalloz.fr); LAURIN, Amicus curiae, s.1; CORNU, s.53; ENCINAS DE MUNAGORRI, s.2; BLANC Philippe, Le silence du juge, **Revue de droit public**, no:4, s.2 (www.lextenso.fr); MOUSSA Tony, Droit de l'expertise, Dalloz, Paris, 2016, s.84; HAÏM Victor, Impartialité, **Répertoire de contentieux administratif**, Juillet 2018, s.74; REDON, Mesures d'instruction, s.20.

22 CANIVET, s.102; KLEIN, s.1; HÉRON Jacques/ LE BARS Thierry, Droit judiciaire privé, 4e édition, Montchrestien, Paris, 2010, s.886.

23 Örneğin, vergi hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar bu kapsamda değerlendirilebilecektir (MENETRÉY, Tome I, s.105). Fikrî mülkiyet hukukuna ilişkin konular, aynı zamanda devletlerin sanayi politikalarıyla doğrudan bağlantılı olan ekonomik bir araç olarak ortaya çıktığından, hâkimin *amicus curiae*'ye başvurması söz konusu olabilecektir (FRISON-ROCHE, s.92).

konuya ilişkin olarak herhangi bir hukuk kuralının bulunmadığı; vakıa ve tatbik edilebilecek hukuk kuralı arasındaki bağlantının tam olarak kurulamadığı, yani hukuk normunun belirsiz olduğu durumlarda konunun uzmanı olan bir hukukçudan yardım alması söz konusu olabilecektir[24].

Hâkim, çözüme kavuşturması gereken uyuşmazlık konularının son derece çetrefil olması karşısında, uyuşmazlığa hangi hukuk kuralının uygulanacağı hususunda da güçlük yaşayabilecektir. Söz konusu durumda, *amicus curiae* aracılığıyla hâkimin uyuşmazlığın içeriği hakkında bilgilendirilmesi, bu çerçevede hukuk kuralının koşul vakıaları ile somut vakıalar arasındaki ilişkinin de ortaya konulması gerekecektir[25]. O halde, *amicus curiae* hâkimi bilgilendirme faaliyeti dâhilinde, tarafların korunması gereken karşılıklı çıkarları arasında bir denge gözeterek, gerek tatbik edilecek hukuk kuralının yorumlanması, gerekse hâkimin hukuk yaratma faaliyetini gerçekleştirmesi suretiyle, maddî gerçeğe uygun bir karara varılabilmesi için katkıda bulunmaktadır[26]. Bu çerçevede, *amicus curiae* yukarıdaki açıklamalarımızda da belirttiğimiz üzere[27], hukukun uygulanması bağlamında gerek yargılamada ileri sürülmüş vakıalar, gerekse ahlâk kuralları hakkında hâkimdeki bilgi eksikliğini gidermekte; böylece uyuşmazlığın çözümü bakımından sorun teşkil eden hususlarda hâkimi aydınlatıcı bir işlev üstlenmektedir[28].

Amicus curiae, iç hukuk kurallarının içeriğinin belirlenmesi hususunda hâkime yardımcı olduğu gibi, yabancılık unsuru taşıyan bir uyuşmazlığa uygulanacak yabancı hukukun içeriğinin tespiti hakkında da yardımcı olabilecektir[29]. Bu bağlamda, bir uygulamacının veya bir hukuk fakültesi öğretim üyesinin *amicus curiae* sıfatıyla, yargılamaya katılması hâkimin ilgili yabancı hukuka ilişkin mevzuata ve mahkeme kararlarına erişimini kolaylaştıracaktır. Uyuşmazlığın çözümünde bir uluslararası sözleşme hükmünün dikkate alınması gereken hallerde ise, uluslararası dernekler *amicus curiae* sıfatıyla, yargılamaya iştirak edip, ilgili sözleşmenin yorumu hususunda ulusal yargı organlarına katkıda bulunabilecektir[30].

---

24 MENETRÉY, Tome I, s.101 ve 104; HÉRON/LE BARS, s. 885-886; FRISON-ROCHE, s.91-92.

25 MENETRÉY, Tome I, s.102, 106-107.

26 MENETRÉY, Tome I, s.107 vd.

27 Bkz. yuk. II.

28 WOOG/LAURIN, s.20-21.

29 RABOURDIN Pierre/ MUIR WATT Horatia, Loi étrangère: établissement du contenu de la loi étrangère, **Répertoire de droit international**, Avril 2017, s.28.

30 MENETRÉY, Tome I, s.112.

2. *Amicus Curiae* Kurumunun Hukukî Niteliğinin İncelenmesi

Açıklamalarımızdan da anlaşıldığı üzere, *amicus curiae* yargılamada ne taraf, ne tanık, ne de herhangi bir adliye memuru konumunda bulunmaktadır[31]. *Amicus curiae*, mahkemeye gerek özel bilgi gerektiren teknik konuların açıklanması; gerekse hukuk kurallarının tatbiki hususunda yardımcı olan, bizzat mahkemenin vereceği karar üzerine, kendisinden talepte bulunulması suretiyle görevlendirilip[32], yargılama sürecine dâhil olan taraflardan bağımsız, belli bir alanda uzmanlığıyla tanınan bir kişidir[33].

Amicus curiae, yalnızca teknik konular hakkında değil; aynı zamanda hukukî konular hakkında da görüş bildirebildiğinden[34], yalnızca teknik bilgi gerektiren konularda görüşünü açıklayabilen bilirkişiden de ayrılmaktadır. *Amicus curiae*'nin bilirkişi olarak nitelendirilmemesinin doğal bir sonucu olarak, reddedilmesi de mümkün olmayacaktır[35].

Amicus curiae'nin sadece hâkimi aydınlatmaya yönelik bir işlev görmesinin doğal bir sonucu olarak, kendisine başvurulan konu hakkında görüşünü açıkladığı rapor da hukukî bakımdan bağlayıcı değildir; yalnızca mahkemeye danışmanlık sağlama amacı taşımaktadır. Bundan hareketle, Fransız Hukuku'nda bir görüş tarafından *amicus curiae*'nin Medenî Usûl Kanunu'nun 256. maddesi çerçevesinde "danışman" olarak kabul edilebileceği ileri sürülmüştür[36]. İlgili hükme göre, karmaşık tahkikat işlemlerini gerektirmeyen teknik bir meselenin söz konusu olması halinde, hâkim kendisine danışmanlık yapması için bir

---

31 COUCHEZ Gérard/LANGLADE Jean-Pierre/LEBEAU Daniel, **Procédure civile**, Dalloz, Paris, 1998, s.328; ENCINAS DE MUNAGORRI, s.2; COUCHEZ Gérard, **Procédure civile**, 14e édition, Dalloz, Paris, 2006, s.344-dn:1; COSLIN, s.1; FERRAND, no:54; REDON, Mesures d'instruction, s.20.

32 MENETRÉY, Tome II, s.258.

33 BEN HADJ YAHIA Sonia, Récusation et renvoi, **Répertoire de procédure civile**, Juin 2012, s.22 (www.dalloz.fr).

34 CORNU, s.53; MENETRÉY, Tome I, s.81; FERRAND, no: 53; MOUSSA, Expertise, s.85.

35 BEN HADJ YAHIA, s.22; FERRAND, no: 53; GUINCHARD Serge, Droit et pratique de la procédure civile, 9e édition, Dalloz, Paris, 2018, s.1301; HAÏM, s.75. Nitekim, Paris İstinaf Mahkemesi de 6 Temmuz 1998 tarihli kararında, *amicus curiae*'nin Medenî Usûl Kanunu'nun bilirkişinin reddine ilişkin hükümlerine tâbi olmadığını açıkça ifade etmiş; bu hususta yapılan ret talebini kabul etmemiştir. Bu konuda bkz. BEN HADJ YAHIA, s.22.

36 CHAMPAUD Claude, Société contemporaine et métamorphoses de l'expertise judiciaire, **Mélanges en l'honneur de Henry Blaise**, Economica, Paris, 1995, s.73; MAZEAUD Denis, L'expertise de droit à travers l'amicus curiae, **l'expertise**, avec la collaboration de Frison-Roche Marie-Anne / Mazeaud Denis, Paris 1995, s.109; FERRAND, no:54; REDON, Mesures d'instruction, s. 18. *Amicus curiae*'nin imtiyazlı danışman olarak nitelendirilebileceği hususunda bkz. DRAI Pierre, Le monde des affaires et ses juges, **RJ com.**, 1990, s.329; CORNU Gérard/ FOYER Jean, **Procédure civile**, 3e édition, PUF, Paris, 1996, s.288.

kişiyi görevlendirebilmektedir. Danışma işleminin amacı, karmaşık tahkikat işlemlerini gerektirmeyen teknik bir mesele hakkında hâkime teknik bir görüş bildirilmesidir. Danışma işlemi, tespit[37] ve bilirkişilik faaliyeti[38] arasında yer almakta ve bunların her ikisinden de izler taşımaktadır. Tespit faaliyetinde bulunan kişi gibi, danışman da öncelikle vakıayı tespit etmeli; ardından da tıpkı bilirkişi gibi o tespitten doğabilecek teknik sonuçlar hakkında görüşünü açıklamalıdır. Görüldüğü üzere, danışmanlık bilirkişiliğe benzemekte; ancak yapılan tahkikat işlemlerinin daha az karmaşık olması sebebiyle bilirkişilikten ayrılmaktadır. Uygulamada, daha ucuz ve daha çabuk şekilde aynı sonuca ulaşabilmek amacıyla, danışmanlık bilirkişiliğe nazaran tercih edilmektedir[39].

Ancak, önemle dikkat edilmelidir ki, *amicus curiae*'nin "danışmanlık" faaliyeti sadece teknik konulara ilişkin olmamakta; teknik konuların yanı sıra hukukî konular da *amicus curiae*'nin bilgilendirme işlevinin kapsamında yer aldığından, kurumun hukukî niteliğinin gerçek anlamda, Medenî Usûl Kanunu'nun 256. maddesinde belirtildiği şekilde bir "danışmanlık" olarak kabul edilmesi mümkün olmayacaktır[40].

---

[37] Uyuşmazlık konusu vakıalar hakkında bir inceleme yapılması gerekli olmadığı takdirde, Medenî Usûl Kanunu'nun 249. maddesine göre, hâkim tespit yapılmasına karar vermektedir. Tespitte bulunan kişi, tespit faaliyeti neticesinde ortaya çıkan maddî ve hukukî sonuçlar hakkında görüşünü beyan etmemelidir. Hâkim tarafından re'sen veya talep üzerine yaptırılmasına karar verilen bu tespit işlemi, uzman kişi tarafından gerçekleştirilmekte; ancak herhangi bir yorum yapılmaksızın tespit konusu vakıa soyut şekilde tasvir edilmektedir (AYDALOT Maurice / ROBIN Jean / LACOSTE Jacques, **L'expertise comptable judiciaire**, PUF, Paris, 1981, s.176; MOUSSA Tony, Expertise- Matières civiles et pénales, 2e édition, Dalloz, Paris, 1988, s.3 ve 104; BOURGEOIS Gilles / JULIEN Pierre / ZAVARO Michel, **La pratique de l'expertise judiciaire**, Litec, Paris, 1999 s.105; ARBELLOT Frédéric / DELBANO Fabrice / LORIFERNE Dominique / MARTIN Jean-Paul / MATET Patrick / SALATI Olivier / VIGNEAU Vincent, **Droit de l'expertise**, Dalloz, Paris, 2008, s.147; GENIN-MÉRIC Régine, Mesures d'instruction exécutées par un technicien, Fasc.662, **JC procédure civile**, 26 Juillet 2010, s.4).

[38] Medenî Usûl Kanunu'nun 263. maddesi uyarınca tespit ve danışma faaliyetleri, hâkimin aydınlatılması bakımından yeterli olmadığı takdirde, bilirkişilik faaliyetinin icra edilmesi söz konusu olmaktadır. Bu nedenle, bilirkişilik tespit ve danışma faaliyetlerine nazaran tâli bir karaktere sahiptir. Hâkim, uyuşmazlığın çözümlenmesi bakımından en basit ve en ucuz olan yolu tercih ettiğinden, hâkimin tespit ve danışmanlık işlemleri neticesinde aydınlanmamış olması halinde bilirkişiliğe başvurulmaktadır (OLIVIER Michel, De l'expertise civile et des experts, Berger Levrault, Paris, 1990, s. 45).

[39] MOUSSA, s.106; BOURGEOIS/ JULIEN/ ZAVARO, s.106. *Amicus curiae*'nin danışmanlık, tespit ve bilirkişilik faaliyetlerinin dışında kalan dördüncü bir tür olarak kabul edilebileceği hususunda bkz. KONURALP Halûk, Bilirkişilik, Tartışmalar, **Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı-III, Bilirkişilik-İflâsın Ertelenmesi**, TBB Yayınları, Eskişehir, 1-2 Ekim 2004, s. 344.

[40] Bu nedenle, *amicus curiae*'nin faaliyetinin, Kanun'un 256. maddesi uyarınca "olağan bir danışmanlık" olarak değil, "olağanüstü bir danışmanlık" olarak kabul edilmesi gerektiği husu-

Doktrinde başka bir görüş ise, *amicus curiae*'nin uyuşmazlık konusu vakıalar hakkında herhangi bir bilgisi bulunmayıp, yargılamaya katılımı sadece uyuşmazlığa ilişkin temel sorunun ortaya konulmasına dayandığından, söz konusu faaliyetinin bir tahkikat işlemi olarak nitelendirilemeyeceği gibi, delil olarak da değerlendirilemeyeceğinden yola çıkmaktadır[41]. Bu çerçevede, ilgili görüş tarafından Medenî Usûl Kanunu'nun delillerin toplanmasına ilişkin hükümlerinin uygulanamayacağından bahisle, *amicus curiae*'nin her türlü delilin dışında kalan, "hâkimi bilgilendirme tekniği" olarak adlandırılması gerektiği ileri sürülmüştür[42].

Bizim de katıldığımız diğer bir görüş tarafından ise, *amicus curiae*'nin bilinen herhangi bir hukukî sınıflandırmaya dâhil edilemeyeceği, yalnızca hâkimin hukuku uygulama görevi bağlamında hâkime yardımcı olan, yargılama içinde kendine özgü ayrı bir hukukî kurum olduğu[43], dolayısıyla *sui generis* bir niteliği haiz olduğu savunulmaktadır[44]. Bu görüşle doğrudan bağlantılı olarak da, *amicus curiae*'nin aynı zamanda kanun boşluğunun varlığı halinde hâkimin hukuk yaratma faaliyetini ortaya çıkartan yeni bir hukukî bir kurum olduğu sonucuna ulaşılabilmektedir[45].

Amicus curiae, hukukî niteliği ne şekilde belirlenirse belirlensin, yalnızca çözümü gereken hususlarda gerekli tespitlerde bulunmakta; hâkimi bilgilendirmekte; ancak kararı daima hâkim vermektedir. Bu bağlamda, mahkeme kararını tamamen veya kısmen *amicus curiae*'nin hazırladığı rapora dayandırabileceği[46] gibi, o rapordakinden farklı olarak kendi görüşü doğrultusunda da bir sonuca varabilecektir[47].

---

sunda bkz. CORNU, s.53. *Amicus curiae*'nin faaliyetinin, Medenî Usûl Kanunu'nun hükümleriyle açıklanamayacak yeni bir danışmanlık şekli olarak nitelendirilebileceği hususunda bkz. CROZE Hervé / MOREL Christian / FRADIN Olivier, **Procédure civile**, 3e édition, Litec, Paris, 2005, s.200-201.

41 MENETRÉY, Tome I, s.81.

42 REDON Michel, Vérifications personnelles du juge, **Répertoire de procédure civile**, Septembre 2010, s.11 (www.dalloz.fr).

43 MENETRÉY, Tome I, s.83.

44 WOOG/LAURIN, s.16.

45 HÉRON/LE BARS, s.886.

46 Hâkimin *amicus curiae*'nin görüşü doğrultusunda karar vermesinin, hâkime ait yetkilerin *amicus curiae*'ye devredilmiş olduğu sonucunu doğurabileceği hakkında bkz. MALAURIE Philippe/ MORVAN Patrick, **Droit civil, Introduction générale**, 4e édition, LGDJ, Paris, 2012, no.181.

47 MENETRÉY, Tome II, s.415-416; WOOG/LAURIN, s.21.

Mahkeme, *amicus curiae*'nin görüşü çerçevesinde aynı yönde bir karar vermiş olsa bile, mutlaka kararında raporda değinilen hususları etraflıca tartışmalı ve çıkardığı sonuçları gerekçeli şekilde ortaya koymalıdır; aksi takdirde hâkimin yerine *amicus curiae* adeta karar veren konumuna geçmiş olacaktır[48].

Mahkemenin tamamen kendi görüşüne göre farklı karara varmış olması halinde ise, mahkeme kararlarının gerekçeli olmasının gereği olarak, kararda *amicus curiae*'nin raporuna da mutlaka değinilmeli, rapordaki açıklamaların göz önünde bulundurulduğu ortaya konulmalı; raporun neden dikkate alınmadığı ifade edilmelidir[49].

IV. *AMICUS CURIAE* KURUMUNUN TÜRK HUKUKU'NDA UYGULANABİLİRLİĞİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Bir tür danışmanlık faaliyetinde bulunan *amicus curiae*, hukukumuzda davada sıkça başvurulan hukukî kurumlardan en çok bilirkişilik ve uzman görüşü ile benzerlik göstermektedir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) 266. maddesinde mahkemenin çözümü hukuk dışında özel veya teknik bilgi gerektiren hallerde taraflardan birinin talebi üzerine ya da kendiliğinden bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar vereceği; ancak genel bilgi veya tecrübeyle ya da hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukukî bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamayacağı[50] düzenlenmiştir. Anılan hükmün paralelinde Bilirkişilik Kanunu'nun (BilK) 2. maddesinin b bendinde bilirkişi, çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi[51] gerektiren hallerde oy ve görüşünü sözlü ya da yazılı olarak vermesi için başvurulan gerçek ya da özel hukuk tüzel kişisi olarak tanımlanmış; BilK m.3/f.II ve III'de bilirkişinin, raporunda çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hususlar

---

48 FERRAND, no:54.

49 MENETRÉY, Tome II, s.422-423.

50 BilK m.3/f.III'te de genel bilgi veya tecrübeyle ya da hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukukî bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamayacağı belirtilerek, HMK m.266'daki hüküm aynen tekrarlanmıştır.

51 BilK m.3'ün gerekçesinde özel bilgi, hukuk bilimi dışında belirli bir bilim dalının araştırıp ortaya koyduğu sonuçlara ilişkin bilgi olarak tanımlanmış; teknik bilgi ise, fizik, kimya, matematik gibi pozitif bilimlerin verilerinden elde edilen bilgi şeklinde açıklanmıştır. Özel ve teknik bilgi kavramları hakkında ayrıntılı açıklama için ayrıca bkz. TORAMAN Barış, **Medeni Usul Hukukunda Bilirkişi İncelemesi**, Yetkin, Ankara, 2017, s.133 vd.

dışında açıklama yapamayacağı, hukukî nitelendirme ve değerlendirmede bulunamayacağı ifade edilmiştir.

Belirttiğimiz tüm bu hükümlerden açıkça anlaşıldığı üzere, bilirkişi tecrübe prensipleri hakkında hâkimde eksik olan bilgiyi vermekte; yani hâkimin özel ve teknik bilgisinin yeterli olmaması halinde hâkime yardımcı olmakta[52]; bu tecrübe prensiplerine dayanarak sabit olan bir vakıadan sonuçlar çıkarmakta veya kendi özel bilgisi doğrultusunda uyuşmazlık konusu vakıaları tespit etmektedir[53]. Bu çerçevede, bilirkişi sahip olduğu özel ya da teknik bilgiyi mahkemeye iletmekte veya söz konusu bilgileri vakıalara uygulamak suretiyle ulaşmış olduğu neticelere işaret etmektedir[54].

---

[52] POSTACIOĞLU İlhan E., **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, 6.Baskı, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1975, s.652; ÖNEN Ergun, **Medeni Yargılama Hukuku**, Sevinç Matbaası, Ankara 1979, s.222; BERKİN Necmeddin M., **Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1981, s.840; ARSLAN Ramazan, Bilirkişilik, Sorunlar ve Çözüm Önerileri, **Yargı Reformu 2000 Sempozyumu**, İzmir Barosu Yayınları, İzmir, 2000, s.190; AŞÇIOĞLU Çetin, Bilirkişilik Kavramı ve Görev Sınırları, **Bilirkişilik Sempozyumu**, TBB Yayınları, Samsun, 9-10 Kasım 2001, s.29; KURU Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.III, 6.Baskı, Demir Demir, İstanbul, 2001, s.2621-2622; SUNGURTEKİN ÖZKAN Meral, **Türk Medeni Yargılama Hukuku**, Barış, İzmir, 2013, s.293; KURU Baki / ARSLAN Ramazan / YILMAZ Ejder, **Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı**, 25.Baskı, Yetkin, Ankara, 2014, s.423; KURU Baki, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku**, Legal, İstanbul, 2016, s.409; ARSLAN Ramazan / YILMAZ Ejder / TAŞPINAR AYVAZ Sema / HANAĞASI Emel, **Medenî Usul Hukuku**, 6.Baskı, Yetkin, Ankara, 2020, s.456; KURU Baki, **Medenî Usul Hukuku El Kitabı**, C.I, Yetkin, Ankara, 2020, s.777; KURU Baki / AYDIN Burak, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı**, 4.Baskı, Yetkin, Ankara, 2020, s.313; POSTACIOĞLU İlhan E. / ALTAY Sümer, **Medenî Usûl Hukuku Dersleri**, 8.Bası, Vedat, İstanbul, 2020, s.713.

[53] ANSAY Sabri Şakir, **Hukuk Yargılama Usulleri**, 7.Baskı, Güzel Sanatlar Matbaası, İstanbul, 1960, s.275; BİLGE Necip/ ÖNEN Ergun, **Medeni Yargılama Hukuku Dersleri**, 3.Baskı, Sevinç Matbaası, İstanbul, 1978, s. 539-540; TANVERDİ S. Mücahit, **Medeni Usul Hukukunda Bilirkişilik**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi- İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), İstanbul, 1991, s.104-105; ÜSTÜNDAĞ Saim, **Medeni Yargılama Hukuku**, C.I-II, 7.Baskı, Nesil Matbaacılık, İstanbul, 2000, s.743; ALANGOYA H. Yavuz / YILDIRIM M. Kâmil / DEREN-YILDIRIM Nevhis, **Medenî Usul Hukuku Esasları**, 8. Tıpkı Baskı, Beta, İstanbul, 2011, s.358-359; ATALAY Oğuz, **Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, C.II, 15.Bası, Oniki Levha, İstanbul, 2017, s.1914-1915; TORAMAN, Bilirkişi İncelemesi, s.324 vd.; ATALI Murat / ERMENEK İbrahim / ERDOĞAN Ersin, **Medenî Usûl Hukuku**, 3.Baskı, Yetkin, Ankara, 2020, s.527; PEKCANITEZ Hakan/ATALAY Oğuz/ÖZEKES Muhammet, **Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı**, 8.Bası, Oniki Levha, İstanbul, 2020, s.410.

[54] TANRIVER Süha, Hukuk Yargısı Bağlamında Bilirkişilikle İlgili Temel Problemler ve Çözüm Arayışları, **DEÜHFD**, 2009, C.XI, Özel Sayı: Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan, İzmir, 2010, s.576; TANRIVER Süha, **Hukukumuzda Bilirkişilik**, Yetkin, Ankara, 2017, s. 25; ATALI/ ERMENEK/ ERDOĞAN, s.527; TANRIVER Süha, **Medenî Usûl Hukuku**, C.I, 3.Bası, Yetkin, Ankara, 2020, s. 893.

Gerek Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun, gerekse Bilirkişilik Kanunu'nun ilgili hükümleri çerçevesinde hukukî konularda bilirkişiye başvurulması mümkün olmamakla birlikte, uygulamada pek çok hukukî meselenin çözümü için bilirkişiye başvurulmasının en temel nedeni, hâkime hukukî konularda yardım edebilecek hâkim yardımcısı gibi bir personelin bulunmamasıdır[55].

Kanun koyucu, hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukukî bilgiyle çözümlenecek konularda bilirkişiye başvurulmasını yasaklamış olmakla birlikte, doktrinde bir görüş tarafından "hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukukî bilgi" kıstasının son derece genel bir ifade olduğu; gerek fikrî ve sınaî mülkiyet hukuku, spor hukuku gibi özel alanların varlığı, gerekse hâkimlerin meslekleri boyunca başka mahkemelerde görev yapmaları nedeniyle belli bir konuda uzmanlaşmalarının mümkün olamaması karşısında, her hâkimin karşılaşacağı tüm uyuşmazlıklardaki hukukî meseleyi bizzat bilip, çözebileceği varsayımına dayanılmasının isabetli olmadığı ileri sürülmüştür[56].

Buna karşılık, bizim de katıldığımız diğer görüş tarafından ise, "hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukukî bilgi" sadece genel hukuk bilgisi anlamına gelmemektedir. Dolayısıyla, genel hukuk bilgisinin dışında kalan bilgilerin, özel bir bilgi niteliğinde olduğundan bahisle, hukukun bazı özel alanlarına ilişkin olarak bilirkişiye başvurulabilmesi mümkün değildir[57]. Nitekim, HMK m.266'nın gerekçesinde de hukuk kurallarını re'sen araştırıp bulma ve olaya uygulamanın zaten hâkimin işi olduğu; hukukî sorunların en yetkin bilirkişisinin hâkimin kendisi olduğu; hâkimin hukuku re'sen uygulayacağına ilişkin HMK m.33'ün, hâkimin hukukî sorunlarda bilirkişiye başvurmasının mümkün olamayacağının bir başka kanıtını teşkil ettiği açıkça belirtilmiştir[58].

---

55 BUDAK Ali Cem / KARAASLAN Varol, **Medenî Usul Hukuku**, 4.Baskı, Adalet, Ankara, 2020, s.283.

56 UMAR Bilge, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, 2.Baskı, Yetkin, Ankara, 2014, s.795; BUDAK/ KARAASLAN, s. 283-284. Hukukî konularda bilirkişiye başvurulabileceği hususunda ayrıca bkz. DERYAL Yahya, **Türk Hukukunda Bilirkişilik**, 6.Baskı, Seçkin, Ankara, 2017, s.135.

57 ATALAY, Pekcanıtez Usul, s.1925.

58 Kural olarak, mevcut kanunî düzenlemeler nedeniyle hukukî konularda bilirkişiye müracaat edilemeyecek olmakla birlikte, kanaatimizce doktrinde isabetli olarak savunulduğu üzere, istisnaî olarak MÖHUK m.2 çerçevesinde, yabancı hukukun içeriğinin tespiti hususunda milletlerarası özel hukuk veya karşılaştırmalı hukuk uzmanı hukukçulara başvurulabilecektir. MÖHUK m.2/f.I, c.2 uyarınca, yetkili yabancı hukukun içeriğinin tespiti hususunda tarafların yardımını isteyebilen hâkimin, taraf olmayan bir hukukçunun yardımını isteyemeyecek olması düşünülemeyecektir (NOMER Ergin, **Davada Yabancı Kanun**, Fakülteler Matbaası, İstan-

Hukukî konularda bilirkişiye başvurulmasıyla doğrudan bağlantılı olarak, doktrinde kategorik bakımdan bile hukuk ve ceza hâkimliği şeklinde bir uzmanlaşmanın mevcut olmadığı hukukumuzda, hâkimlerin genel hukuk bilgilerini aşan çok özel bilgi gerektiren bilim ve teknolojinin gelişimiyle ortaya çıkan tıp hukuku, bilişim hukuku, uzay hukuku, fikrî ve sınaî mülkiyet hukuku[59] gibi yeni hukuk alanlarında, zaman zaman uyuşmazlığın çözümünde zorlanabilecekleri fiilî bir vakıa olarak kabul edilmekte; özellikle bu yeni alanlara ilişkin hukukî sorunlarda, mevcut kanunî düzenlemelere aykırı olarak sıkça bilirkişiye başvurulmasının önüne geçilebilmesi için, mahkemelerin ihtiyaç duyduğu oy ve görüşü bildirmekle görevlendirilecek, kadrolu ve nitelikli, uzman sıfatını haiz görevlilerin istihdam edileceği tümüyle bağımsız ve özerk bir yapıya sahip *amicus curiae* olarak nitelendirilecek kurum ya da kuruluşların oluşturulmasının isabetli olacağı savunulmaktadır[60].

---

bul, 1972, s. 93; ARSLAN Ramazan, Bilirkişilik Uygulaması ve Bu Uygulamaya Yargıtay'ın Etkisi, **YD**, Özel Sayı Ocak-Ekim 1989, s.167-dn:24; TANVERDİ, 57 vd.; KURU, Usul, C.III, s.2652; KURU, Medenî Usul, s.307 ve 412-dn:12; ATALI Murat, 6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu ve Hukuki Konularda Bilirkişilik, **AÜHFD**, 2016, C.LXV, S.4, s.3281; TORAMAN, Bilirkişi İncelemesi, s.164; GÖRGÜN L. Şanal /BÖRÜ Levent /TORAMAN Barış /KODAKOĞLU Mehmet, **Medenî Usûl Hukuku**, 9.Baskı, Yetkin, Ankara, 2020, s.565; KURU, El Kitabı, s. 591; KURU/AYDIN, s.228 ve 315-dn:5. Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bilirkişilik Kanunu'ndaki düzenlemeleri, hâkimin hukuku re'sen uygulamasına ilişkin HMK m.33'ü; anılan hükmün paralelinde hâkimin Türk kanunlar ihtilâfı kurallarını ve bu kurallara göre yetkili yabancı hukuku kendiliğinden tatbik edeceğine ilişkin MÖHUK m.1, c.2'yi, en genel çerçevede ise yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılacağına; hukuka uygun olarak hüküm verme işinin, münhasıran hâkimin işi olduğuna AY m.9 ve 138/f.I,c.2'de açıkça işaret edildiğini esas alan aksi görüş için bkz. TANRIVER, s.578-579; TANRIVER, Bilirkişilik, s. 38; TANRIVER, Usûl, s.900. Bir iç hukuk kuralı olan örf ve âdet kuralları bakımından da ilgili kuralların yöreselliği ile istikrarlı uygulanıp uygulanmadığını tespit edebilme güçlüğü nedeniyle, istisnaî olarak hâkim yöresel bilirkişilerden yardım alabilecektir (ARSLAN, Bilirkişilik, s.167-dn:24; TANVERDİ, s.69-70; ATALAY, Pekcanıtez Usûl, s. 1631; TORAMAN, Bilirkişi İncelemesi, s.166; BUDAK/KARAASLAN, s.188; GÖRGÜN/ BÖRÜ/ TORAMAN/ KODAKOĞLU, s.565). Eski hukukun tespiti bakımından da, tıpkı yabancı hukukun içeriği ile örf ve âdet kurallarının belirlenmesinde olduğu gibi, bilirkişiye başvurulabileceği hususunda bkz. TANVERDİ, s.72; BUDAK/KARAASLAN, s.188.

[59] Fikrî ve sınaî mülkiyet hukukundan doğan uyuşmazlıkların çözümü için fikrî ve sınaî haklar hukuk mahkemeleri özel mahkeme olarak görev yapmaktadır. Dolayısıyla, özel mahkeme hâkimleri ilgili uyuşmazlıklar hakkında uzman olduklarından, anılan uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulabilmesi için bilirkişiye başvuramayacaklardır. Ancak, söz konusu özel mahkemelerin kurulamadığı yerlerde, fikrî ve sınaî mülkiyet hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklara bakan asliye hukuk mahkemesi hâkimlerinin, uygulamada bilirkişiye müracaat edebilmeleri gündeme gelebilecektir.

[60] TANRIVER, Bilirkişilik, s.41-42; TANRIVER, Usûl, s.904.

Kanaatimizce, hukuku re'sen uygulama görevi kapsamında hukukî konularda bilirkişiye başvuramayacak olan hâkim, tahkikat mahkemeleri olan gerek ilk derece, gerekse bölge adliye mahkemelerindeki yargılama sırasında, hukukî konularda, özellikle de özel bilgi gerektiren yeni hukuk alanlarına ilişkin olarak, konunun ehli yetkin hukukçulardan *amicus curiae* kurumu sayesinde bilgi alabilecek[61]; böylece hukuku tatbik etme faaliyetini en iyi şekilde gerçekleştirebilecektir. Ancak, anılan görüşün aksine, *amicus curiae* olarak seçilecek kişilerin görevlendirilebilmeleri için mahkeme nezdinde kurumsal bir sistemin oluşturulması gerekmemektedir. Böyle bir faaliyete girişilmesi, *amicus curiae* kurumunu adeta bilirkişiliğe yaklaştıracaktır; nitekim BilK m.11 uyarınca, bilirkişiliğe başvuru ilgilinin yerleşim yerinin veya mesleki faaliyetlerini yürüttüğü yerin bağlı olduğu bölge kuruluna yapılmakta; BilK m.10 çerçevesinde bilirkişiliğe kabul şartlarını taşıyanlar arasından bilirkişi siciline kayıt edilecek olan kişiler seçilmekte; BilK m.12/f.III'te belirtildiği üzere, bilirkişi bölge kurulu tarafından bu kişilerden oluşan bir bilirkişi listesi hazırlanmakta; HMK m.268 ve BilK m.12/f.V bağlamında, mahkemelerce söz konusu listede yer alan kişiler, bilirkişi olarak görevlendirilmektedir. Görüldüğü üzere, bilirkişi olarak görevlendirilebilmek pek çok bürokratik sürecin tamamlanmasına bağlı kılınmıştır. Bir delil olan bilirkişi bakımından kabul edilmiş olan sisteme kısmen benzer bir sistemin *amicus curiae* kurumu bakımından da benimsenmesi, bir delil niteliğinde bulunmayan *amicus curiae*'nin ruhuna aykırılık teşkil edecektir. Bu nedenle, hâkimlerin bizzat bilgilerine güvendikleri, yakından tanıdıkları yetkin hukukçulara herhangi bir bürokratik işlem gerekmeksizin doğrudan *amicus curiae* olarak başvurabilmeleri, ilgili kurumun yapısına uygun olacaktır.

Amicus curiae'nin bir delil olmayıp, kendine özgü bir niteliği haiz olmasıyla doğrudan bağlantılı olarak da ilk derece ve bölge adliye mahkemeleri tarafından bu kuruma müracaat edilmesi halinde[62], kurumun bilirkişiliğe benzetilmesinden özellikle kaçınılmalıdır. O halde, bilirkişi deliline özgü olan

---

[61] Örneğin, bilişim alanındaki teknolojik gelişmeler doğrultusunda ortaya çıkmış olan kripto paralara ilişkin hukukî sorunlardan biri, bu paraların haczedilip haczedilemeyeceğidir. Böyle bir hukukî sorunla karşılaşan mahkeme, medenî usûl ve icra iflâs hukukçusu bir öğretim üyesine *amicus curiae* olarak başvurabilecektir.

[62] Kural olarak, *amicus curiae*'ye ilk derece mahkemesi ile bölge adliye mahkemesi re'sen başvurabilecek olmakla birlikte, taraflar da mahkemeden bu kuruma müracaat etmesini talep edebileceklerdir. Bu durumda, tarafların söz konusu istemini değerlendirecek olan mahkeme, *amicus curiae*'ye başvurmaya karar verebilecek veya söz konusu talebi reddedebilecektir.

bilirkişinin reddi, bilirkişi raporuna itiraz edilmesi gibi hususlar *amicus curiae* olarak görevlendirilen kişi bakımından söz konusu değildir. Bu nedenle, taraflar *amicus curiae*'nin hazırladığı rapor hakkında bilgilendirilecek olmakla birlikte, rapora karşı özel olarak itirazda bulunamayacaklardır. Hâkim, bilgi eksikliğini tamamlamak için ilgili kurumdan yararlanmış olduğundan, taraflar yalnızca raporun içeriği hakkında duruşmada hâkime soru sorabileceklerdir.

Alt derece mahkemelerinin yanı sıra, bir içtihat mahkemesi olan Yargıtay'ın hâkimleri de özellikle özel bilgi gerektiren yeni hukuk dalları başta olmak üzere, pek çok farklı hukuk dalı hakkında konunun uzmanı olan öğretim üyelerine yazılı veya sözlü şekilde görüş sormak suretiyle, *amicus curiae* kurumundan yararlanarak[63], hukuku uygulama faaliyetleri çerçevesinde hukukîlik denetimlerini en doğru biçimde yerine getirebileceklerdir.

Çözümü hukuk dışında özel veya teknik bilgi gerektiren konularda ise, ilk derece ve bölge adliye mahkemelerinin aksine, bir tahkikat mahkemesi olmayan Yargıtay bilirkişi incelemesi yaptıramayacağından, hukukîlik denetimi çerçevesinde özel veya teknik bilgi eksikliğini giderip en doğru karara varabilmek için istisnaî olarak konunun ehli yetkin bir kişiye *amicus curiae* kurumu sayesinde başvurabilecektir[64]. Ancak, önemle belirtilmelidir ki, Yargıtay *amicus curiae*'ye müracaat etmek suretiyle, alt derece mahkemelerince yapılması gereken tahkikatı kesinlikle kaldırmamalıdır. Dolayısıyla, ortada alt derece mahkemesince alınmış bir bilirkişi raporu mevcut olmakla birlikte, raporda çelişkiler varsa veya konunun ehli olmayan bir kişi bilirkişi olarak atanmışsa ya da birden fazla farklı teknik uzmanlık gerektiren bir konunun varlığına rağmen tek bir bilirkişi görevlendirilmişse; teknik bir konu hakkında bilirkişi incelemesi yaptırılmadan karar verilmişse, Yargıtay kararı bozmalı ve dava dosyasını HMK m.373 çerçevesinde alt derece mahkemesine göndermelidir. Alt derece mahkemesince bozma kararına uyulması halinde bozma kapsamında yapılacak olan tahkikatta ise, Yargıtay'ın belirttiği

---

[63] *Amicus curiae*'nin, karmaşık bir hukukî meseleyle karşılaşan hâkimin bu meseleye ilişkin daha sağlıklı bir değerlendirmede bulunabilmek için bilgi almasının bir yolu olduğu hususunda bkz. TORAMAN Barış, İtibar Bilirkişiliği ve Yargısal Lobicilik Arasında Bir Müessese Olarak "Amicus Curiae" (Mahkeme Dostu), **MİHDER**, 2012/2, S.22, s.194; TORAMAN, Bilirkişi İncelemesi, s.228.

[64] Bu çerçevede, *amicus curiae*'nin teknik bilgileri nedeniyle kendisine başvurulan, yüksek ahlâkî, insanî değerlere sahip olan bir şahıs olduğu ve görevinin ortaya çıkan özel sorunlar hakkında mahkemeyi aydınlatmak olduğu hususunda bkz. ÖZTEK Selçuk, Fransız Hukukunda Bilirkişilik, **Mukayeseli Hukukta Bilirkişilik ve Sorunları**, Yargıtay'ın 125.Yıl Yayını, Ankara, 1992, s.47.

hususlar doğrultusunda yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırılmalı veya önceden bilirkişi incelemesine konu olmamış teknik konu hakkında bilirkişiye başvurulmalıdır. O halde, Yargıtay'ın teknik konular hakkında *amicus curiae* kurumuna müracaat edebilmesi, istisnaî olarak ortada usûlüne uygun olarak alınmış bir bilirkişi raporu bulunup da yalnızca teknik bir konunun açıklanmasına ihtiyaç duyması, ilgili konunun içeriğinin aydınlatılmasının gerekli olması halinde gündeme gelebilecektir.

Yargıtay'ın belirttiğimiz konular bağlamında *amicus curiae* kurumuna başvurması halinde ise, Yargıtay'ın bir tahkikat mahkemesi olmamasının doğal bir sonucu olarak, *amicus curiae*'nin raporunun taraflara bildirilmesi de söz konusu olmayacak; hukukî ve istisnaî olarak teknik bilgi eksikliğini tamamlamak için bu kurumdan faydalanan Yargıtay, *amicus curiae*'nin görüşünü de dikkate alarak, bir içtihat mahkemesi olma görevini en iyi biçimde gerçekleştirmeye çalışacaktır.

Amicus curiae kurumuyla yakından ilgili olduğu düşünülebilecek diğer bir kurum da uzman görüşüdür. HMK m.293'te, uzman görüşü kurumu düzenlenmiş ve tarafların dava konusu olayla ilgili olarak uzmanından bilimsel mütalaa alabilmelerine imkân tanınmıştır. Bu çerçevede, taraflar özel ve teknik bilgiyi gerektiren konularda dava açmadan önce dilekçelerini hazırlayabilmek, iddialarını ve savunmalarını güçlendirmek amacıyla bir uzmana başvurarak ondan görüş alabilecekleri gibi, dava açıldıktan sonra da mahkemenin bilirkişiye başvurmasını beklemeden özel ve teknik bilgiye ilişkin eksikliği gidermek için uzman görüşü[65] alabilecekler; bu görüşe dayanarak dilekçelerini mahkemeye sunabileceklerdir[66]. Tarafların özel ve teknik konu-

---

[65] Özel ve teknik bilgiye ilişkin eksikliğin giderilmesi için uzman görüşü alınmakla birlikte, uzman görüşü bir delil olmayıp tarafın mahkemeye sunduğu belgeye bağlı açıklamasıdır; bu nedenle de bir delil olan bilirkişi ile ilişkilendirilmemesi gerekmektedir (PEKCANITEZ Hakan, Özel Uzman (Bilirkişi) Görüşü ve Değerlendirilmesi, **Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Armağan**, Adalet, Ankara 2009, s.398-399 ve 406-407; ATALAY, Pekcanıtez Usul, s.1959; TANRIVER, Bilirkişilik, s.33; KARSLI Abdürrahim, **Medeni Muhakeme Hukuku**, 5.Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, s.624; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.426; TANRIVER, Usûl, s.1014). Uzman görüşünün yalnızca her iki tarafın kabulü halinde resmî bilirkişi raporu olarak değerlendirilebileceği hususunda ayrıca bkz. PEKCANITEZ, Uzman Görüşü, s.399 ve 415; ATALAY, Pekcanıtez Usul, s.1959. Uzman görüşünün takdiri delil olduğu hakkındaki aksi görüş için bkz. KURU, Medeni Usûl, s.426; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/ HANAĞASI, s.472; KURU, El Kitabı, s. 822; KURU/AYDIN, s.327; YILMAZ Ejder, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, 3.Cilt, 4.Baskı, Yetkin, Ankara, 2021, s.4318.

[66] PEKCANITEZ, Uzman Görüşü, s.397; SUNGURTEKİN ÖZKAN, s.300; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.439; ATALAY, Pekcanıtez Usul, s.1958; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s.472; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.425.

ların yanı sıra, hukukî konulara ilişkin de uzman görüşü almaları mümkündür; hukuku re'sen uygulama görevi hâkime ait olmakla birlikte, taraflar iddialarını ve savunmalarını hukukî konular bakımından da uzman görüşüne dayandırabileceklerdir[67]. O halde, uzman görüşü gerek özel ve teknik konularda, gerekse hukukî konularda, hâkimin kişisel görüşünün oluşması için bir yardım aracı olarak işlev görmektedir[68].

Uzman görüşü, tarafın aldığı bilimsel bir mütalaa olarak karşımıza çıktığından, hâkimin uzman görüşüne kendiliğinden müracaat edebilmesi söz konusu değildir. *Amicus curiae* kurumuna ise, hâkim re'sen başvurabilecektir. Taraflar, tahkikat mahkemeleri olan ilk derece mahkemeleri ve bölge adliye mahkemeleri nezdinde mahkemeye sundukları dilekçeleri çerçevesinde belgeye bağlı bir açıklama niteliğinde uzman görüşü alabilmekle birlikte, bir tahkikat mahkemesi olmayan Yargıtay nezdinde böyle bir görüş alamayacaklardır. Bu durumda, özellikle temyiz aşamasında Yargıtay'ın hukuka uygunluk denetimi bağlamında isabetli bir karara varabilmesi için gerek özel bilgi gerektiren teknik konuların açıklanması, gerekse hukuk kurallarının tatbiki hususunda konunun uzmanı olan yetkin bir kişiden yardım alabilmesi önem taşımaktadır. Yargıtay, ortada alt derece mahkemeleri nezdinde alınmış iki farklı uzman görüşü bulunmakla birlikte, bu görüşlerin incelenmesi sırasında tereddüt yaratan bir hususla karşılaştığı takdirde, ilgili raporlardaki eksikliklerin tamamlanması, belirsizliklerin giderilmesi amacıyla da *amicus curiae* kurumuna başvurabilecektir. Böylece, Yargıtay'ın bu kurumundan yararlanabilmesi, hukukîlik denetimini bir içtihat mahkemesi olarak en iyi şekilde gerçekleştirmesine katkıda bulunacaktır.

Gerek bilirkişi incelemesi yaptırılmasında, gerekse uzman görüşü alınmasında bilirkişiye ve uzmana bir ücret ödenmektedir. Bu bağlamda, *amicus curiae*'ye de ücret ödenip ödenmeyeceği ayrıca incelenmelidir. *Amicus curiae*, bilirkişilikten farklı olarak delil olmadığı gibi, uzman görüşünden farklı

---

[67] PEKCANITEZ, Uzman Görüşü, s.407; KURU Baki/ BUDAK Ali Cem, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Yenilikler, **İBD**, Eylül-Ekim 2011, C.LXXXV, S.5, s.19; YAZICI TIKTIK Çiğdem, HMK m.293'teki Uzman Görüşü Kurumu ile Anglo-Sakson Hukuk Sistemindeki Uzman Tanık Kurumunun Karşılaştırılması, **MİHDER**, 2011/3, S. 20, s.95; KURU, Medeni Usûl, s.426; TANRIVER, Bilirkişilik, s. 31 ve 35; TORAMAN, Bilirkişi İncelemesi, s.160-161 ve 660; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s.541; BUDAK/ KARAASLAN, s.285; GÖRGÜN/ BÖRÜ/TORAMAN/KODAKOĞLU, s.589; KARSLI, s.623; KURU, El Kitabı, s. 821; KURU/AYDIN, s.327; POSTACIOĞLU /ALTAY, s. 733-734; TANRIVER, Usûl, s.1012 ve 1016.

[68] PEKCANITEZ, Uzman Görüşü, s.399; YAZICI TIKTIK, s.93; ATALAY, Pekcanıtez Usul, s.1959; PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s.426.

olarak da tarafın mahkemeye sunduğu belgeye bağlı açıklaması da değildir; tamamen nev'i şahsına münhasır bir kurumdur. Dolayısıyla, kurumun kendine özgü niteliği dikkate alınarak bu konuda da bir sonuca varılmalıdır. Mahkemeler tarafından, özellikle de en üst mahkeme olan Yargıtay tarafından, yetkin bir kişiye *amicus curiae* olarak başvurulup ilgili kişinin söz konusu görevi yerine getirmesi son derece onur verici bir durum olduğundan, ortaya çıkan manevî tatmin, maddî tatminin çok ötesindedir. Bu nedenle de, *amicus curie*'ye ücret ödenmesi kurumun ruhuna tamamen aykırı olacak; kurumdan elde edilmek istenilen beklentileri karşılayamayabilecektir.

Hukukumuzda, yargılamanın her aşamasındaki hâkimlerin *amicus curiae* kurumuna başvurabileceklerine ilişkin açık bir kanunî düzenleme bulunmamakla birlikte, Türk Medenî Kanunu'nun (TMK) 1. maddesinin 3. fıkrası uyarınca hâkimler kararlarını verirken bilimsel görüşlerden yararlanabileceklerinden, söz konusu hüküm, hem hukukî konularda, hem de teknik konularda bu kuruma müracaat edilebilmesi hususunda temel bir hukukî dayanak olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu çerçevede, hâkimin kendisinin gerekli araştırmayı yapıp hukukî ve teknik bilgi eksikliğini çeşitli eserleri inceleyerek tamamlaması ile *amicus curiae*'ye bir konu hakkında danışması arasında herhangi bir farklılık bulunmamaktadır.

Uygulamada, özellikle Yargıtay tarafından *amicus curiae* kurumundan faydalanılmaktadır. Yargıtay, benzer olaylarda daireler arasındaki içtihat uyuşmazlıklarını içtihadı birleştirme kararları yoluyla kesin olarak karara bağlarken, sıklıkla dairelerin farklı kararlar vermelerine yol açan doktrindeki farklı görüş sahibi öğretim üyelerine danışmaktadır. İlgili öğretim üyelerinin konuya ilişkin görüşleri doğrultusunda, içtihadı birleştirme kararını vermekte ve böylece farklı daireler arasında ortaya çıkmış olan görüş ayrılıklarını kesin olarak sonlandırmaktadır.

Bu bağlamda, 24 Mart 1989 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı'nda imzalı boş bir belgenin taraflar arasındaki anlaşmaya aykırı olarak doldurulduğu iddiasının hukuk davasının yanı sıra, ceza davasında da tanıkla ispat edilemeyeceği; HMK m.201 (HUMK m.290) çerçevesinde senede karşı senetle ispat kuralına tâbi olduğu sonucuna varılmıştır[69]. Anılan kararın hazırlık aşamasında Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu tarafından, senede karşı senetle ispat kuralının hukuk davalarının yanı sıra, ceza davalarında da

[69] Bu hususta bkz. KURU, Usul, C.II, s.2199 vd. ve 2417-2418.

geçerli olup olmayacağı hususunda, kararda da açıkça ifade edildiği üzere, medenî usûl ve icra-iflâs hukuku öğretim üyesi Prof. Dr. Baki Kuru ile ceza ve ceza usûl hukuku öğretim üyeleri Prof. Dr. Nurullah Kunter, Prof. Dr. Sahir Erman ve Prof. Dr. Eralp Özgen'den hukukî görüş alınmıştır[70]. Belirttiğimiz öğretim üyeleri, ilgili hukuk alanlarında son derece saygın, yetkin hukukçu bilim adamlarıdır; kararın verilmesi sırasında onların verdikleri görüşlerin değerlendirilmesi neticesinde bir sonuca ulaşılması da tipik bir *amicus curiae* uygulaması olarak ortaya çıkmaktadır[71].

Yargıtay tarafından içtihadı birleştirme kararlarının verilmesi aşamasında *amicus curiae* kurumuna başvurulduğu gibi, daire kararları ile hukuk genel kurulu kararlarının verilmesi sırasında da bu kurumdan yararlanılmaktadır. Örneğin, Hukuk Genel Kurulu'nun 25.09.2002 tarihli kararı *amicus curiae* uygulamasına konu olmuştur. Hukuk Genel Kurulu tarafından ortak yaşanılan evde bulunan günlüğün boşanma davasında hukuka aykırı delil olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususunda, kararda belirtilmemiş olmakla birlikte, medenî usûl ve icra-iflâs hukuku öğretim üyesi Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'den görüş alınmıştır. Konunun ehli saygın öğretim üyesinin görüşü doğrultusunda, söz konusu delilin çalınarak, tehdit ya da zorla elde edilmediği, eşlerin müşterek olarak yaşamlarını sürdükleri bir yerde bulunduğundan bahisle, Hukuk Genel Kurulunca, ortada herhangi bir hukuka aykırı delil bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır[72].

Yargıtay kararlarına konu olan hukuk fakültelerinin saygın öğretim üyelerinden yazılı olarak görüş alınmasına ilişkin *amicus curiae* örneklerinin yanı sıra, gerek Yargıtay hâkimlerinin, gerekse alt derece mahkemelerindeki hâkimlerin pek çok kez belli bir kararla bağlı kalmaksızın, tereddütte kaldıkları bazı konular hakkında hukuk fakültesi öğretim üyelerine sözlü olarak görüş sormaları da hukukumuzda sıkça rastlanılan bir *amicus curiae* uygulaması olarak karşımıza çıkmaktadır[73].

---

70 Y.İBK, E.1988/1, K.1989/2, 24.03.1989 (RG, 05.02.1990, S.20424).

71 Bu hususta ayrıca bkz. TORAMAN, s. 193-194; TORAMAN, Bilirkişi İncelemesi, s. 226-227.

72 Y.HGK, E. 2002/2-617, K.2002/648, 25.09.2002 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

73 Örneğin, medenî usûl ve icra-iflâs hukuku öğretim üyesi Prof. Dr. Baki Kuru'ya Yargıtay üyelerinin Abant'daki bir toplantının ardından pek çok hukukî sorun hakkında danışmaları bir *amicus curiae* uygulamasıdır. Bu hususta bkz. PEKCANITEZ Hakan, Bilirkişilik, Tartışmalar, **Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı-III, Bilirkişilik-İflâsın Ertelenmesi**, TBB Yayınları, Eskişehir, 1-2 Ekim 2004, s.345. Gerek Yargıtay üyelerinin, gerekse diğer hâkimlerin öğretim üyelerine veya konunun uzmanı olduğunu düşündükleri kişilere bulun-

Hukukumuzda mahkemeler tarafından *amicus curiae*'ye başvurulabilmesi hususunda, Fransız Hukuku'ndakinin aksine, açık bir kanunî düzenleme yer almamakla birlikte, açıklamalarımızda belirttiğimiz üzere, gerek ilk derece mahkemeleri ve bölge adliye mahkemeleri hâkimlerince, gerekse Yargıtay hâkimlerince TMK m.1/f.III bağlamında *amicus curiae* kurumundan yararlanılabilecektir. Bu kurumun işletilmesi, hâkimlerin hem teknik, hem de hukukî konulardaki bilgi eksikliklerinin giderilmesine büyük ölçüde katkı sağlayacak; özellikle üst derece mahkemeleri tarafından kendilerine müracaat edilmiş olan konunun ehli yetkin kişiler bakımından ise, büyük bir saygınlık göstergesi ve onur verici bir durum olarak nitelendirilecektir. Ancak, her ne kadar TMK m.1/f.III hükmü, hâkimlere *amicus curiae*'ye başvurma imkânı tanısa da, özellikle hukukî konularda hâkimlerin doğrudan *amicus curiae*'ye müracaat etmeleri, hukuku re'sen uygulamakla görevli olan hâkimlerin, hukukî sorunların çözümünde sanki bilirkişiden yardım alıyorlarmış gibi algılanmalarına sebep olabilecektir. Dolayısıyla, uygulamada doğabilecek olan bu gibi tereddütlerin önüne geçilebilmesi bakımından yargılamanın her aşamasındaki hâkimlerin, özellikle hukukî konularda *amicus curiae* kurumuna başvurabilecekleri hususunda açık bir kanunî düzenleme getirilmesi son derece yerinde olacaktır.

SONUÇ

Bilimsel ve teknik konular ile hukukî konularda mahkemelere yardımcı olmayı amaçlayan *amicus curiae* kurumunun tarihsel kökeni Roma Hukuku'na dayanmakta olup, bu kurum ilk kez İngiliz Hukuku'nda uygulanmış; ardından Kıta Avrupası Hukuku'nda da tatbik kabiliyeti kazanmıştır. Çalışmamızda ele aldığımız Fransız Hukuku'nda, *amicus curiae* kurumu ilk olarak mahkemelerin uygulaması doğrultusunda gelişme göstermiş; ardından da Adlî Teşkilât Kanunu'nda açık bir hüküm olarak düzenlenmiştir. Bu çerçevede, Temyiz Mahkemesi'nin, sahip olduğu yetkisi veya bilgisi doğrultusunda uyuşmazlığın çözümlenebilmesi için aydınlatılması gereken noktalar hakkında açıklamalarda bulunabilecek herkesi davet edebilmesine imkân tanınmıştır. Temyiz incelemesinde *amicus curiae*'ye başvurulmasını mümkün kılan anılan düzenlemenin yanı sıra, Ticaret Kanunu'nda da ilk derece

---

dukları yerde soru sorarak hukukî konulara ilişkin tereddütlerini giderdikleri hususunda ayrıca bkz. TERCAN Erdal, Bilirkişilik, Tartışmalar, **Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı-III, Bilirkişilik-İflâsın Ertelenmesi**, TBB Yayınları, Eskişehir, 1-2 Ekim 2004, s.358-359.

ve istinaf mahkemeleri tarafından rekabet hukukuna aykırı uygulamalar hakkında *amicus curiae* kurumundan yararlanılması hususunda özel bir hükme yer verilmiştir.

Amicus curiae kurumu aracılığıyla, yargılamanın her aşamasındaki hâkimlerin hem hukuk kuralları, hem de teknik konular hakkında bilgilendirilmeleri ve aydınlatılmaları amaçlanmaktadır. Bu bağlamda, hukukumuzda özellikle yeni hukuk dallarına ilişkin sorunlar hakkında, mevcut kanunî düzenlemelere aykırı olarak sıkça bilirkişiye başvurulmasının engellenebilmesi bakımından konunun ehli yetkin hukukçulardan bilgi alınması suretiyle *amicus curiae* kurumundan faydalanılması isabetli olacaktır. Ancak, *amicus curiae*'nin bir delil olmayıp, kendine özgü bir niteliği haiz olmasının bir sonucu olarak, bu kurumun bilirkişiliğe benzetilmesinden kaçınılmalı; dolayısıyla bilirkişinin reddi, bilirkişi raporuna itiraz edilmesi gibi hususların bu kurum bakımından da geçerli olduğu düşünülmemelidir. Alt derece mahkemelerinin yanı sıra, Yargıtay'ın hâkimleri de farklı hukuk dalları hakkında konunun uzmanı olan öğretim üyelerine yazılı veya sözlü şekilde görüş sorarak, anılan kurumdan faydalanabileceklerdir.

Çözümü hukuk dışında özel veya teknik bilgi gerektiren konularda da, Yargıtay'ın özel veya teknik bilgi eksikliğini gidermek amacıyla istisnaî olarak konunun ehli yetkin bir kişiye *amicus curiae* olarak başvurması mümkün olmakla birlikte, Yargıtay bu kuruma müracaat etmek suretiyle, alt derece mahkemelerinin yerine getirmesi gerekli olan tahkikatı kesinlikle kaldırmamalıdır.

Hukukî ve teknik konular hakkında uzman görüşüne kendiliğinden müracaat edemeyen hâkim, *amicus curiae* kurumuna re'sen başvurabilecektir. Ayrıca, ilk derece mahkemeleri ve bölge adliye mahkemeleri nezdinde mahkemeye sundukları dilekçeleri çerçevesinde belgeye bağlı bir açıklama niteliğinde uzman görüşü alabilen tarafların, tahkikat mahkemesi olmayan Yargıtay nezdinde böyle bir görüş almaları mümkün değildir. Bu nedenle, özellikle temyiz aşamasında Yargıtay'ın isabetli bir karara varabilmesi için hem teknik konuların açıklanması, hem de hukuk kurallarının tatbiki bakımından konunun ehli yetkin bir kişinin yardımına başvurabilmesi önem taşımaktadır.

Amicus curiae'ye ücret ödenip ödenmeyeceği meselesi, kurumun kendine özgü niteliği dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Mahkemeler tarafından, özellikle de en üst mahkeme olan Yargıtay tarafından, yetkin bir kişiye

amicus curiae olarak başvurulup, ondan görüş istenmesi son derece onur verici olduğundan, ilgili kişi bakımından manevî tatmin, maddî tatmine nazaran çok daha ön plandadır. Bu nedenle de *amicus curie*'ye ücret ödenmesi kurumun ruhuna aykırılık teşkil edecektir.

Hukukumuzda mahkemeler tarafından *amicus curiae*'ye başvurulabilmesi hususunda açık bir kanunî düzenleme yer almamakla birlikte, yargılamanın her aşamasındaki hâkimler TMK m.1/f.III çerçevesinde *amicus curiae* kurumundan yararlanabileceklerdir. Nitekim, uygulamada Yargıtay tarafından söz konusu kurumdan faydalanılmaktadır. Yargıtay, gerek içtihadı birleştirme kararlarının verilmesi aşamasında, gerekse daire kararları ile hukuk genel kurulu kararlarının verilmesi sırasında *amicus curiae* kurumuna müracaat etmektedir. Ayrıca, hem Yargıtay hâkimleri, hem de alt derece mahkemelerindeki hâkimler, tereddütte kaldıkları bazı hukukî konular hakkında hukuk fakültesi öğretim üyelerine sözlü olarak görüş sorma yoluna gitmektedirler; söz konusu durum da hukukumuzda sıkça rastlanılan bir *amicus curiae* uygulamasıdır.

Amicus curiae kurumuna işlerlik kazandırılması, hâkimlerin teknik ve hukukî konulardaki bilgi eksikliklerinin giderilmesine büyük ölçüde katkı sağlayabileceği gibi, üst derece mahkemelerinin kendilerine müracaat ettiği yetkin kişiler açısından da büyük bir saygınlık göstergesi ve onur verici bir durum olarak değerlendirilecektir. TMK m.1/f.III hükmü, hâkimlere *amicus curiae*'ye başvurma imkânı tanımakla birlikte, uygulamada doğabilecek olan tereddütlerin önüne geçilebilmesi bakımından yargılamanın her aşamasındaki hâkimlerin, özellikle hukukî konularda *amicus curiae*'den yardım alabileceklerine ilişkin açık bir kanunî düzenleme getirilmesi çok daha isabetli olacaktır.

KAYNAKÇA

ALANGOYA H. Yavuz / YILDIRIM M. Kâmil / DEREN-YILDIRIM Nevhis, **Medenî Usul Hukuku Esasları**, 8. Tıpkı Baskı, Beta, İstanbul, 2011.

ANSAY Sabri Şakir, **Hukuk Yargılama Usulleri**, 7. Baskı, Güzel Sanatlar Matbaası, İstanbul, 1960.

ARBELLOT Frédéric / DELBANO Fabrice / LORIFERNE Dominique / MARTIN Jean-Paul / MATET Patrick / SALATI Olivier / VIGNEAU Vincent, **Droit de l'expertise**, Dalloz, Paris, 2008.

ARSLAN Ramazan / YILMAZ Ejder / TAŞPINAR AYVAZ Sema / HANAĞASI Emel, **Medenî Usul Hukuku**, 6. Baskı, Yetkin, Ankara, 2020.

ARSLAN Ramazan, Bilirkişilik, Sorunlar ve Çözüm Önerileri, **Yargı Reformu 2000 Sempozyumu**, İzmir Barosu Yayınları, İzmir, 2000, s.190-211.

ARSLAN Ramazan, Bilirkişilik Uygulaması ve Bu Uygulamaya Yargıtay'ın Etkisi, **YD**, Özel Sayı, Ocak-Ekim 1989, s.156-183. *(**Kısaltma**: Arslan, Bilirkişilik)*

AŞÇIOĞLU Çetin, Bilirkişilik Kavramı ve Görev Sınırları, **Bilirkişilik Sempozyumu**, TBB Yayınları, Samsun, 9-10 Kasım 2001, s.24-159.

ATALAY Oğuz, **Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, C. II, 15. Bası, Oniki Levha, İstanbul, 2017.

ATALI Murat / ERMENEK İbrahim / ERDOĞAN Ersin, **Medenî Usûl Hukuku**, 3. Baskı, Yetkin, Ankara, 2020.

ATALI Murat, 6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu ve Hukuki Konularda Bilirkişilik, **AÜHFD**, 2016, C. LXV, S.4, s.3271-3282.

AYDALOT Maurice / ROBIN Jean / LACOSTE Jacques, **L'expertise comptable judiciaire**, PUF, Paris, 1981.

BEN HADJ YAHIA Sonia, Récusation et renvoi, **Répertoire de procédure civile**, Juin 2012, s.1-126 (www.dalloz.fr).

BERKİN Necmeddin M., **Tatbikatçılara Medenî Usul Hukuku Rehberi**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1981.

BİLGE Necip / ÖNEN Ergun, **Medeni Yargılama Hukuku Dersleri**, 3. Baskı, Sevinç Matbaası, İstanbul, 1978.

BLANC Philippe, Le silence du juge, **Revue de droit public**, no: 4, s.1-5 (www.lextenso.fr).

BOURGEOIS Gilles / JULIEN Pierre / ZAVARO Michel, **La pratique de l'expertise judiciaire**, Litec, Paris, 1999.

BUDAK Ali Cem / KARAASLAN Varol, **Medenî Usul Hukuku**, 4. Baskı, Adalet, Ankara, 2020.

CANIVET Guy, L'amicus curiae en France et aux Etas-Unis, **RJ com.**, Mars-Avril 2005, no: 2, s.99-113.

CHAMPAUD Claude, Société contemporaine et métamorphoses de l'expertise judiciaire, **Mélanges en l'honneur de Henry Blaise**, Economica, Paris, 1995, s. 59-79.

CORNU Gérard, **Vocabulaire juridique**, PUF, Paris, 2001.

CORNU Gérard/ FOYER Jean, **Procédure civile**, 3e édition, PUF, Paris, 1996.

COSLIN Christelle, Quel futur pour l'amicus curiae en France, **Gaz. Pal.**, 08.01.2013 no: 112, s.1-2 (www.lextenso.fr).

COUCHEZ Gérard, **Procédure civile**, 14e édition, Dalloz, Paris, 2006.

COUCHEZ Gérard/LANGLADE Jean-Pierre/LEBEAU Daniel, **Procédure civile**, Dalloz, Paris, 1998.

CROZE Hervé / MOREL Christian / FRADIN Olivier, **Procédure civile**, 3e édition, Litec, Paris, 2005.

DERYAL Yahya, **Türk Hukukunda Bilirkişilik**, 6. Baskı, Seçkin, Ankara, 2017.

DRAI Pierre, Le monde des affaires et ses juges, **RJ com.**, 1990, s.329-335.

ENCINAS DE MUNAGORRI Rafael, L'ouverture de la Cour de cassation aux *amici curiae*, **RTD Civ.**, 2005, s.1-5 (www.dalloz.fr).

FERRAND Fréderique, **Répertoire de procédure civile**, Décembre 2013 (www.dalloz.fr).

FRISON-ROCHE Marie-Anne, Expert et procédure: l'amicus curiae, **RDA**, Octobre 2012, s.91-94.

GENIN-MÉRIC Régine, Mesures d'instruction exécutées par un technicien, Fasc.662, **JC Procédure Civile**, 26 Juillet 2010, s.1-35.

GÖRGÜN L. Şanal /BÖRÜ Levent /TORAMAN Barış /KODAKOĞLU Mehmet, **Medenî Usûl Hukuku**, 9. Baskı, Yetkin, Ankara, 2020.

GUINCHARD Serge, **Droit et pratique de la procédure civile**, 9e édition, Dalloz, Paris, 2018.

HAÏM Victor, Impartialité, **Répertoire de contentieux administratif**, Juillet 2018, s. 1-122.

HÉRON Jacques/ LE BARS Thierry, **Droit judiciaire privé**, 4e édition, Montchrestien, Paris, 2010.

JULIEN Pierre, La mission de médiation conférée à un magistrat est exclusive de tout pouvoir juridictionnel, **Recueil Dalloz**, 1992, s.1-2 (www.dalloz.fr).

KARSLI Abdürrahim, **Medeni Muhakeme Hukuku**, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020.

KLEIN Gaëtan, **La place de l'amicus curiae en procédure civile française et allemande**, 26.02.2009, https://blogs.parisnanterre.fr/content/la-place-de-l'amicus-curiae-en-procédure-civile-française-et-allemande-par-gaëtan-klein, s.1-7.

KONURALP Halûk, Bilirkişilik, Tartışmalar, **Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı-III, Bilirkişilik-İflâsın Ertelenmesi**, TBB Yayınları, Eskişehir, 1-2 Ekim 2004, s. 333-363.

KURU Baki / ARSLAN Ramazan / YILMAZ Ejder, **Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı**, 25. Baskı, Yetkin, Ankara, 2014.

KURU Baki / AYDIN Burak, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı**, 4. Baskı, Yetkin, Ankara, 2020.

KURU Baki / BUDAK Ali Cem, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Yenilikler, **İBD**, Eylül-Ekim 2011, C. LXXXV, S.5, s.3-43.

KURU Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, C. II, III, 6. Baskı, Demir Demir, İstanbul, 2001. *(**Kısaltma**: Kuru, Usul, C. II, III)*

KURU Baki, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku**, Legal, İstanbul, 2016. *(**Kısaltma**: Kuru, Medenî Usul)*

KURU Baki, **Medenî Usul Hukuku El Kitabı**, C. I, Yetkin, Ankara, 2020. *(**Kısaltma**: Kuru, El Kitabı)*

LAURIN Yves, Désignation d'un amicus curiae pour permettre à une cour d'appel de recueillir tous éléments d'information corcernant la contamination par le virus du sida, **Recueil Dalloz**, 1993, s.1-3 (www.dalloz.fr).

LAURIN Yves, Dix années de mise en œuvre de l'amicus curiae, **Petites affiches**, 24.12.1997, no: 154, s.1-2 (www.lextenso.fr). *(**Kısaltma**: Laurin, Amicus curiae)*

MALAURIE Philippe/ MORVAN Patrick, **Droit civil, Introduction générale**, 4e édition, LGDJ, Paris, 2012.

MAZEAUD Denis, Expert et procédure: l'amicus curiae, **RDA**, Octobre 2012, s.98-99.

MAZEAUD Denis, L'expertise de droit à travers l'amicus curiae, **l'expertise**, avec la collaboration de Frison-Roche Marie-Anne / Mazeaud Denis, Dalloz, Paris, 1995, s.109-121.

MENÉTREY Séverine, **L'amicus curiae, vers un principe de droit international procédural?**, Thèse pour le doctorat en droit, Tome I-II, Laval, 2009. *(**Kısaltma**: Menétrey, Tome I, II)*

MOHAN S. Chandra, The amicus curiae: friends no more?, **Singapore Journal of Legal Studies**, 2010/2, https://ink.library.smu.edu.sg/cgi/viewcontent.cgi?article=2927&context=sol_research, s.1-24.

MOUSSA Tony, **Droit de l'expertise**, Dalloz, Paris, 2016. ***(Kısaltma**: Moussa, Expertise)*

MOUSSA Tony, **Expertise- Matières civiles et pénales**, 2e édition, Dalloz, Paris, 1988.

NOMER Ergin, **Davada Yabancı Kanun**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1972.

OLIVIER Michel, **De l'expertise civile et des experts**, Berger Levrault, Paris, 1990.

ÖNEN Ergun, **Medeni Yargılama Hukuku**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1979.

ÖZTEK Selçuk, Fransız Hukukunda Bilirkişilik, **Mukayeseli Hukukta Bilirkişilik ve Sorunları**, Yargıtay'ın 125.Yıl Yayını, Ankara, 1992, s. 45-56.

PEKCANITEZ Hakan, Bilirkişilik, Tartışmalar, **Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı-III, Bilirkişilik-İflâsın Ertelenmesi**, TBB Yayınları, Eskişehir, 1-2 Ekim 2004, s. 333-363.

PEKCANITEZ Hakan, Özel Uzman (Bilirkişi) Görüşü ve Değerlendirilmesi, **Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Armağan**, Adalet, Ankara, 2009, s.397-418. ***(Kısaltma**: Pekcanıtez, Uzman Görüşü)*

PEKCANITEZ Hakan/ATALAY Oğuz/ÖZEKES Muhammet, **Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı**, 8. Bası, Oniki Levha, İstanbul, 2020.

PIWNICA Emmanuel, Commentaire du décret no: 2017-396 du 24 mars 2017 portant diverses dispositions relatives à la Cour de cassation, **Gaz. Pal.**, 2 Mai 2017, no: 293, s.1-3 (www.lextenso.fr).

POSTACIOĞLU İlhan E. / ALTAY Sümer, **Medenî Usûl Hukuku Dersleri**, 8. Bası, Vedat, İstanbul, 2020.

POSTACIOĞLU İlhan E., **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, 6. Baskı, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1975.

RABOURDIN Pierre / MUIR WATT Horatia, Loi étrangère: établissement du contenu de la loi étrangère, **Répertoire de droit international**, Avril 2017, s.1-47.

REDON Michel, Mesures d'instruction confiées à un technicien, **Répertoire de procédure civile**, Février 2021, s. 1-139 (www.dalloz.fr). ***(Kısaltma**: Redon, Mesures d'instruction)*

REDON Michel, Vérifications personnelles du juge, **Répertoire de procédure civile**, Septembre 2010, s.1-12 (www.dalloz.fr).

SUNGURTEKİN ÖZKAN Meral, Türk Medeni Yargılama Hukuku, Barış, İzmir, 2013.

TANRIVER Süha, Hukuk Yargısı Bağlamında Bilirkişilikle İlgili Temel Problemler ve Çözüm Arayışları, **DEÜHFD**, 2009, C. XI, Özel Sayı: Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan, İzmir, 2010, s.575-594.

TANRIVER Süha, Hukukumuzda Bilirkişilik, Yetkin, Ankara, 2017. ***(Kısaltma**: Tanrıver, Bilirkişilik)*

TANRIVER Süha, Medenî Usûl Hukuku, C. I, 3. Bası, Yetkin, Ankara, 2020. ***(Kısaltma**: Tanrıver, Usûl)*

TANVERDİ S. Mücahit, **Medeni Usul Hukukunda Bilirkişilik**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi- İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), İstanbul, 1991.

TERCAN Erdal, Bilirkişilik, Tartışmalar, **Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı-III, Bilirkişilik-İflâsın Ertelenmesi**, TBB Yayınları, Eskişehir, 1-2 Ekim 2004, s. 333-363.

TORAMAN Barış, İtibar Bilirkişiliği ve Yargısal Lobicilik Arasında Bir Müessese Olarak "Amicus Curiae" (Mahkeme Dostu), **MİHDER**, 2012/2, S.22, s. 161-197.

TORAMAN Barış, Medeni Usul Hukukunda Bilirkişi İncelemesi, Yetkin, Ankara, 2017. ***(Kısaltma**: Toraman, Bilirkişi İncelemesi)*

UMAR Bilge, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, 2. Baskı, Yetkin, Ankara, 2014.

ÜSTÜNDAĞ Saim, **Medeni Yargılama Hukuku**, C. I-II, 7. Baskı, Nesil Matbaacılık, İstanbul, 2000.

WOOG Jean-Claude / LAURIN Yves, Amicus curiae, **Répertoire de procédure civile**, Juin 2017, s. 1-30 (www.dalloz.fr).

YAZICI-TIKTIK Çiğdem, HMK m.293'teki Uzman Görüşü Kurumu ile Anglo-Sakson Hukuk Sistemindeki Uzman Tanık Kurumunun Karşılaştırılması, **MİHDER**, 2011/3, S.20, s.79-99.

YILMAZ Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 3. Cilt, 4. Baskı, Yetkin, Ankara, 2021.

İnternet Kaynakları

https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000033418805 (Erişim Tarihi: 15.03.2021).

https://www.unidroit.org/fr/franchisage-guide-2nd-autre-langues/91-instruments/instr-civil-procedure/1332-principes-ali-unidroit-de-procedure-civile-transnationale (Erişim Tarihi: 15.03.2021).

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2021; 1: 835-865

MİLLETLERARASI TAŞIYICI ANNELİĞE İLİŞKİN KARARLARIN TANINMASI VE TENFİZİ(*)

Doç. Dr. **İlyas GÖLCÜKLÜ**(**)

Öz: Taşıyıcı annelik, milletlerarası aile hukukunda dikkat çeken gerek ahlaki gerek hukuki açıdan tartışılagelmiş ve güncelliğini hala korumakta olan önemli bir meseledir. Karşılaştırmalı hukukta taşıyıcı annelik konusunda farklı yaklaşımlar olması, milletlerarası özel hukukta bu yöntemden kaynaklanan sorunların çözümünü önemli ölçüde zorlaştırmaktadır. Bu yeknesaklık eksikliği, izin verilen ülkelere gidilip orada taşıyıcı annelik yönteminden yararlanılmasının yolunu açarken, aynı zamanda bu ülkelerde elde edilen kararların taşıyıcı anneliğin yasak olduğu başka ülkelerde tanınması ile tenfizini güçleştirmektedir. Bu çalışmada taşıyıcı anneliğe izin veren ülkeler ile taşıyıcı anneliği yasaklayan ve hatta cezalandıran hukuk sistemleri karşılaştırmalı olarak ele alınmış, güncel kararlar ışığında çocukların üstün yararları da dikkate alınarak meseleler incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Milletlerarası Taşıyıcı Annelik, Tanıma, Tenfiz, Soybağı, Taşıyıcı Annelik Sözleşmesi.

RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF INTERNATIONAL SURROGACY DECISIONS

Abstract: Surrogate motherhood or surrogacy is a contemporary issue that have been discussed in private international law in terms of morality and law. The fact that there are different approaches in jurisdictions towards validity and legality of surrogacy makes it extremely difficult to solve issues arising from this method in private

(*) Makale Gönderim Tarihi: 12.03.2020. Makale Kabul Tarihi: 02.04.2021.

(**) Altınbaş Üniversitesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi (ORCID no: 0000-0002-4704-3513; *ilyas.golcuklu@altinbas.edu.tr*).

international law. Such lack of such uniformity has caused increase in commercial surrogacy tourism by pushing people to seek solutions in more permissive countries. Yet, this attempt creates complex issues regarding recognition and enforcement of related decisions in other forbidding countries. This study examines surrogacy thoroughly by focusing on banning and permitting jurisdiction from a comparative perspective but also focuses on the benefits of children in light of recent cases and international agreements.

Keywords: International Surrogacy, Recognition, Enforcement, Custody, Surrogacy Agreement.

GİRİŞ

Milletlerarası aile hukuku alanında birçok güncel gelişme yaşanmaktadır: Eşcinsel evlilikler, ölüm sonrası evlilikler, evlilik dışı velayet, müşterek velayet gibi birçok mesele "geleneksel aile hukukunu" büyük ölçüde değiştirmekte ve "yeni tip aileler" yaratmaktadır[1]. Taşıyıcı annelik de bu önemli gelişmelerden biri olarak, karşılaştırmalı hukukta ve milletlerarası aile hukukunda dikkat çekmektedir.

Taşıyıcı annelik yönteminin "ticari bir piyasa" oluşturduğu ve bu endüstrinin 2012 yılında 6 milyar dolara ulaştığı ve örneğin İngiltere'de, 2018 yılı itibariyle taşıyıcı anneliğe başvuranların sayısının 3 katına çıktığı belirtilmiştir[2]. Günümüzde taşıyıcı anneliğin "küresel bir ticari iş" olduğunun da artık bilinen bir gerçek olduğu vurgulanmaktadır[3]. 2020 yılında yapılan güncel araştırmalar, "taşıyıcı annelik piyasasının" beş yıl içerisinde 27,5 milyar dolara çıkacağını göstermektedir[4]. Ünlüler arasında da taşıyıcı annelik yoluyla çocuk sahibi olanlar mevcuttur ve bu da taşıyıcı anneliğin yaygınlaşmasında rol oynamaktadır[5]. Teknolojik gelişmelere bağlı olarak çeşitlenen taşıyıcı an-

---

1 DETHLOFF Nina, "Changing Family Forms: Challenges for German Law", 46 **Victoria University of Wellington Law Review** 671, 2015, s. 671-672.; '*mater semper certa est'* (anne her zaman bellidir) prensibinin "kesinliğinin modern üreme tekniklerinin ilerlemesiyle birlikte sarsılmaya başladığı" hakkında bkz. PARLAK BÖRÜ Şafak, "Aile Hukukunda Zor Bir Dönemeç: Karşılaştırmalı Hukuk Bakış Açısıyla Taşıyıcı Anneliğe İlişkin Güncel Gelişmeler", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, 39(1): 63-110, s. 66.

2 https://www.bbc.com/news/health-47826356 (Erişim, 10.04.2021).

3 https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy (Erişim, 10.04.2021).

4 https://www.marketwatch.com/press-release/surrogacy-market-size-2019-growth-research-and-development-by-2025-2020-01-16 (Erişim, 10.04.2021).

5 https://www.bbc.com/news/newsbeat-46874577 (Erişim, 10.03.2020). Hindistan'ın ünlü aktörlerinden Shah Rukh Khan, ve Aamir Khan'ın da taşıyıcı annelik yoluyla çocuk sahibi oldukları bilinmektedir, https://www.freepressjournal.in/entertainment/srk-to-tusshar-6-bollywood-stars-who-became-parents-through-surrogacy (Erişim, 10.04.2021).

nelik yöntemleri, annenin çocuğu doğuran kadın olması[6] ile babanın anneyle evlilik dolayısıyla çocuğun yasal babası olması şeklindeki geleneksel kuralları işlevsiz kılmaktadır[7]. Bu nedenle taşıyıcı annelikten doğan çocuğun, yasal olarak anne ve babasının kimler olacağı meselesi ile buna dönük yabancı kararın başka ülkede kabul edilebilirliği büyük önemi haizdir.

Bazı ülkelerde taşıyıcı anneliğe izin verilmişken çoğu ülkede taşıyıcı anneliğin yasaklanmış olması, milletlerarası aile hukukunda konuya dair yeknesaklığı engellerken aynı zamanda milletlerarası taşıyıcı anneliğe ilişkin kararların tanınması ile tenfizine ilişkin farklı problemler yaratmaktadır. Aşağıda öncelikle taşıyıcı anneliğe ilişkin genel bilgiler verildikten sonra, karşılaştırmalı hukuk ve Türk hukukunda mahkeme kararları ışığında taşıyıcı annelikten kaynaklı meseleler incelenecektir. Taşıyıcı annelikten doğan tanıma-tenfiz problemleri incelenirken, uluslararası sözleşmelerde yer bulan çocuk hakları da dikkate alınacaktır. Son bölümde ise taşıyıcı annelik konusundaki gelişmelerin Türk hukuku üzerindeki etkileri incelenecek ve hukukumuzda düzenleme ihtiyacı üzerinde durulacaktır.

I. TAŞIYICI ANNELİK KAVRAMI VE TÜRLERİ

Taşıyıcı annelik imkanı hem etik hem hukuki bakımdan tartışılmakta olan güncel bir meseledir[8]. Taşıyıcı anneliği, türüne göre çeşitli şekillerde sınıflandırmak mümkündür. Taşıyıcı annelik yöntemini, ivazlı ya da ivazsız olmasına göre ticari taşıyıcı annelik (*commercial surrogacy*) ve diğerkâm-özgecil taşıyıcı annelik (*altruistic surrogacy)* olmak üzere ikiye ayırabiliriz. Genel olarak her iki yöntemde de taşıyıcı anne (*surrogate mother*) ve çocuk doğduktan sonra bu çocuğu velayetine almayı planlayan müstakbel ebeveyn (*intended parents*) taraflar olarak yer almaktadır. Hatta müstakbel ebeveynlerin, çocukla genetik bağ taşıması da şart olmadığından dolayı üçüncü kişi olan bağışçı (*donor*) da bu süreçte yer alabilmektedir.

---

6 GÖSSL Susanne Lilian, "The Recognition of a "Judgment of Paternity" in a Case of Cross-Border Surrogacy Under German Law. Commentary to BGH, 10 December 2014, AZ. XII ZB 463/13, **Cuadernos de Derecho Transnacional** (Octubre 2015), Vol. 7, Nº 2, pp. 448-465, s. 451.

7 MADDEN Deirdre, "The quest for legal parenthood in assisted human reproduction", **Dublin University Law Journal,** V.21, 1999, 1-39, s. 1-2; UNGAN ÇALIŞKAN Hazal, "Bırakınız Taşısınlar: Taşıyıcı Anneliğe Güncel Bakış", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C.22, S.1, 489-509, s. 490.

8 VAN WICHELEN Sonja, "Changing Rights to Family Life: Biolegalities in the Globalization of Reproduction", **Socio-Legal Rev** 12, 2016, 26-50, s. 26-27.

Öğretide taşıyıcı annelik çeşitleri, "geleneksel taşıyıcı annelik" ve "gestasyonel taşıyıcı annelik" olarak da sıralanmaktadır. Buna göre geleneksel taşıyıcı annelikte, taşıyıcı anne ile babanın üreme hücreleri döllendirilirken; gestasyonel yöntemde, çocuk sahibi olmak isteyen kadının yumurtaları sağlıklıdır ancak çocuğa hamile kalamayan kadının yumurtasının döllendirilerek bir taşıyıcı annenin rahmine yerleştirilmesi söz konusu olmaktadır[9]. Geleneksel taşıyıcı annelik, "yedek annelik" olarak; gestasyonel taşıyıcı annelik ise ivazlı olup olmamasına göre "kiralık" ya da "ödünç annelik" olarak da ifade edilmektedir[10]. Gestasyonel taşıyıcı annelik, aynı zamanda "tam taşıyıcı annelik" olarak da adlandırılmaktadır ve bu yöntemde taşıyıcı anne ile çocuk arasında genetik bağ yoktur[11].

Taşıyıcı anne, "müstakbel ebeveyn için çocuğu karnında taşımayı ve gebelik süreci ile doğumu üstlenen, doğum sonrasında ise haklarından feragat edip çocuğu süreci başlatan anne-babaya devretmeyi kabul etmiş" kişiyi ifade eder[12]. Taşıyıcı anneliği; "aynı ülkede gerçekleşen taşıyıcı annelik-sınır aşan taşıyıcı annelik ya da ticari olmayan taşıyıcı annelik-ticari nitelikli taşıyıcı annelik" gibi çeşitli şekillerde gruplandırmak mümkündür[13]. Bu sınıflandırma da haliyle taşıyıcı anneliğin tanımını genişletebilmektedir. Örneğin ticari nitelikteki taşıyıcı annelik sözleşmelerinde, ücret karşılığında gebelik hizmetinin verildiği ve karşılığında çocuğun teslim edilerek haklardan feragat edildiğini söylemek mümkündür. Aşağıda inceleneceği üzere, ülkelerin büyük çoğunluğu, özellikle ticari nitelikteki taşıyıcı anneliği yasaklamakta-

---

9 TURGUT Cemile, **Yapay Döllenme Taşıyıcı Annelik ve Soybağına İlişkin Hukuki Sorunlar**, On İki Levha, İstanbul, 2016, s. 108-109.

10 EROL Yasemin, **Yapay Döllenme Yöntemleri ve Taşıyıcı Annelik**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 65-66.

11 AĞAOĞLU Cahit, "Karşılaştırmalı Hukukta Sınıraşan Taşıyıcı Annelik ile Taşıyıcı Anneden Doğan Çocukların Yasal Anne-Babalığının Kazanılma Sorunu", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, 40 / 1 (Haziran 2020): 437-480, s. 441 - 442.

12 GÖSSL, s. 449.

13 EKŞİ Nuray, "Mahkeme Kararlarında Sınıraşan Taşıyıcı Anneliğe İlişkin Hukuki Sorunlar", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Volume: 36, Issue: 2, 1-51, s. 6-8; esas olarak, iki tip taşıyıcı anneliğin mevcut olduğu ve bunların ilkinin "taşıyıcı annenin aynı zamanda yumurta donörü de olduğu, spermin ise baba veya üçüncü bir erkek tarafından sağlandığı geleneksel taşıyıcı annelik, ikincisinin ise taşıyıcı annenin genetik yapısı tamamıyla başkasına ait bir bebeği dünyaya getirmesi halinde söz konusu olan genetik olmayan, gestasyonel taşıyıcı annelik" olduğu konusunda bkz. PARLAK BÖRÜ, s. 68; aynı yönde bkz. RUTUJA Pol, "Proposing an International Instrument to Address Issues Arising out of International Surrogacy Arrangements", **Georgetown Journal of International Law**, Vol. 48, 2017, 1309-1335, s. 1311.

dır. Bu çalışmanın ana konusunu ise sınır aşan ya da tercih ettiğimiz ifadeyle milletlerarası taşıyıcı annelik oluşturacaktır. Fakat ilgili olduğu ölçüde diğer taşıyıcı annelik türlerine de değinilecektir.

II. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA TAŞIYICI ANNELİK

ABD, Hindistan, Ukrayna, İsrail ve İngiltere başta olmak üzere, taşıyıcı annelikte belirli kurallar öngörerek bu kurumu yasal düzenlemeye kavuşturan hukuk sistemleri mevcuttur[14]. Diğer yandan İsviçre ve Alman hukukunda olduğu gibi gerek insanlık onurunu ihlal ettikleri gerekçesiyle gerek taşıyıcı anne ile çocuğu "sözleşmenin konusu" yapmaları nedeniyle taşıyıcı annelik sözleşmeleri geçersiz kabul edilmektedir[15]. Karşılaştırmalı hukuktaki bu farklılıklar, katı ve yasaklayıcı tutum sergileyen ülkelerdeki kişilerin, ticari taşıyıcı anneliğe izin veren ülkelere gitmesine sebebiyet vermektedir. Bu sağlık ve gebelik turizmi, taşıyıcı anneliği küresel bir hukuki işlem haline getirmektedir. Taşıyıcı anneliğe izin veren ülkeler, doktrinde "ithalat ülkeleri" olarak da adlandırılmaktadırlar[16]. Konuya ilişkin tüm ülke düzenlemelerini burada ele almak, çalışmamızın amaç ve kapsamını aşacaktır. Aşağıda birçok ülkenin yaklaşımı, mahkeme kararları tartışılırken yeri geldikçe değerlendirilecektir[17]. Ancak burada örnek olarak, Avustralyalı çiftler arasında yaygın olan taşıyıcı anneliğe ilişkin Avustralya hukukunun yaklaşımına değinmemiz, meseleyi daha anlaşılır kılacaktır.

Avustralya Kuzey Bölgesi hariç, diğer bölgelerde ticari taşıyıcı annelik (*commercial surrogacy*) yasaktır. Ancak Avustralya'da diğerkâm-özgecil taşıyıcı anneliğe (*altruistic surrogacy*) büyük ölçüde izin verilmektedir[18]. Ancak bu izin, taşıyıcı anneliğin detaylıca düzenlenmesi gerekliliğini ortadan kaldırmamıştır. Örneğin Batı Avustralya'da özgecil taşıyıcı annelik halinde bile, Batı Avustralya Üreme Teknolojileri Konseyi'nin (*Western Australian Reproductive Technology Council*) taşıyıcı annelik sözleşmesini

---

[14] DETHLOFF, s. 680; EROL, s. 85 vd.; TURGUT, s. 115 vd.; AĞAOĞLU, s. 443 vd.

[15] DETHLOFF, s. 680-681; Türk hukukunda taşıyıcı annelik sözleşmelerinin ahlaka aykırılık nedeniyle geçersiz kabul edildiği konusunda bkz. TURGUT, s. 110-111.

[16] PARLAK BÖRÜ, s.73.

[17] Ülke bazlı detaylı bir inceleme için bkz. PARLAK BÖRÜ, s. 73-96. Yazar, taşıyıcı anneliğe yönelik yaklaşımları "izin veren ülkeler, gri alandaki ülkeler ve yasal bulan ülkeler" olmak üzere 3 ana grupta incelemektedir.

[18] KEYES Mary, "Cross-border surrogacy agreements", (2012) 26 **Australian Journal of Family Law**, 28-50, s. 28.

onaylaması şarttır[19]. Ticari nitelikteki sınır ötesi taşıyıcı annelik sözleşmelerinde; müstakbel ebeveyn, taşıyıcı anneye hamilelik, doğum, doğum sonrası süreç vb. sebepler nedeniyle belirli bir miktar para ödemeyi kabul ve taahhüt etmektedir[20]. Ancak Avustralya vatandaşlarının başka bir ülkede taşıyıcı annelik sözleşmesini yapmaları halinde, bu işlemin Avustralya'da cezai sorumluluğa doğrudan sebebiyet vermeyeceği kabul edilmektedir[21]. Aşağıda inceleneceği üzere Almanya, Türkiye ve Fransa gibi Kıta Avrupası ülkelerinde taşıyıcı anneliğe yönelik daha katı bir tutumun olduğu söylenebilir. Yine de izin veren *Common Law* sistemini benimsemiş devletlerde özellikle ticari nitelikteki taşıyıcı anneliğin sıkı denetime tabi tutulduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Milletlerarası taşıyıcı annelik sözleşmeleri, taşıyıcı anneliğe izin verilen ülkelerde yapılmakta ve vatandaşlık ülkesine çocukla dönülmektedir. Bu da haliyle kamu düzeni gerekçesiyle "ticari taşıyıcı anneliğin yasak olması" ilkesi ile "çocuğun üstün yararlarının korunması" ilkesi arasında çatışmaya yol açmaktadır[22]. Özgecil taşıyıcı anneliğin aksine, ticari nitelikteki taşıyıcı annelik genellikle yasak ve cezai yaptırımlara tabidir. Yine de taraflar, gizlice akdettikleri bu sözleşmeyi usulünce yerine getirmek suretiyle bu yaptırımlara pekala takılmayabilirler[23].

III. TAŞIYICI ANNELİK TURİZMİNİN OLUMSUZ SONUÇLARI

Yukarıda belirtildiği üzere katı ve yasaklayıcı tutum sergileyen ülkelerdeki kişilerin, ticari taşıyıcı anneliğe izin veren ülkelere gitmesi bilinen bir olgudur. Bu ülkelerde taşıyıcı anneliğe izin verildiğinden dolayı müstakbel anne-baba, çocuk sahibi olabilmekte ve taşıyıcı anne bu hizmete mukabil ücrete dahi hak kazanabilmektedir. Ancak aşağıda inceleneceği üzere bu durum, vatansızlık da dahil olmak üzere pek çok milletlerarası özel hukuk problemine de sebebiyet vermektedir[24]. Bu ihlaller, karşılaştırmalı hukukta hem siyaset hem hukuk camiası hem de medyanın ilgisini çekmiştir.

---

19 KEYES, s. 34-35.

20 HCCH Preliminary Document No. 10 (March 2012).

21 *Hubert & Juntasa [2011] FamCA 504 at [13]* (KEYES, s. 42).

22 KEYES, s. 42 ('*den naklen*).

23 KEYES, s. 46-47.

24 RUTUJA, s. 1312-1313.

2012 yılında halihazırda biyolojik erkek çocuk sahibi Avustralyalı bir çift, Hindistan'da taşıyıcı anneliğe başvurmuş ve ikinci çocuğuna bu yolla kavuşmayı ümit etmişlerdir. Ancak taşıyıcı anne, bir kız bir erkek olmak üzere ikiz çocuk dünyaya getirmiştir. "Zaten bir çocukları olduğu ve de üçüncü çocuğa bakamayacaklarını" ileri süren aile, sadece kız çocuğunu almış ve *Dev* adındaki erkek çocuğu Hindistan'da bırakmıştır. Bu olay hem Avustralya hem de diğer ülkelerde geniş yankı bulmuş ve taşıyıcı anneliği daha tartışmalı hale getirmiştir[25].

Medyaya yansıyan bir diğer önemli hadise ise *Gammy* adlı bir bebeğin hikayesidir. Bu olayda Avustralyalı bir başka çift, Taylandlı bir kadınla taşıyıcı annelik sözleşmesi yapmıştır. Doğan ikiz çocuklardan biri down sendromlu olduğundan çift, sadece sağlıklı kız çocuğunu yanına almış ancak erkek kardeşini Tayland'da bırakmıştır. Tüm bu hadiselerin, biyoteknolojiye bağlı olarak "çocukların terki, cinsiyete bağlı tercih, kadının vücudunun istismarı, çocukların ticarileştirilmesi" gibi birçok probleme yol açtığı da haklı şekilde vurgulanmıştır[26].

Taşıyıcı annelik turizminin bir diğer olumsuz sonucu ise çocuğun vatansız kalması durumudur. 2008 yılında Japon bir babanın genetiğine sahip çocuk Hindistan'da taşıyıcı anneden dünyaya gelmiş ancak bu çocuk, özellikle Japon mevzuatındaki düzenleme eksikliğinden dolayı 2 yıl Hindistan'da mahsur kalmış ve "vatansız" çocuk Japonya'ya götürülememiştir[27]. 2009 yılındaki bir diğer benzer olayda ise bu kez Alman çift, taşıyıcı annelik yöntemiyle Hindistan'da ikiz çocuk sahibi olmuş ancak bu çocukların Alman vatandaşlığını kazanmaları talebi, bu yöntemin Almanya'da cezai yaptırıma tabi olması nedeniyle reddedilmiştir[28]. Diğer yandan doğan çocuklar, Hindistan vatandaşlığını da alamamaktadırlar zira taşıyıcı Hintli anne ile çocuklar arasında genetik bir bağ bulunmamaktadır. Milletlerarası sözleşmelerde vurgulanan çocuk hakları kapsamında her iki ülkenin makamları dev-

---

25 VAN WICHELEN, p. 26-28.

26 *Ibid*, s. 28.

27 *Ibid*, s. 32.

28 *Ibid*, s. 32.

reye girmiş ve Hindistan Yüksek Mahkemesi'nin de istisnai kararıyla[29] ikizler, Almanya'ya gidiş için gerekli belge ve izinleri almışlardır[30].

AB hukukunda taşıyıcı annelik uyuşmazlıklarında elde edilen yabancı kararların, tanınması ve tenfizi meselesi tartışılagelen bir konu olmuştur. Fransız mahkemelerine intikal etmiş bazı davalarda, bu hususların detaylı tartışması yapılmıştır. *Mennesson vs France* davası[31] ile *Labassee vs France* davasında[32], Fransız evli çiftlerden kadın eşlerde gebe kalamama durumu olduğundan dolayı her iki çift de taşıyıcı anneliğe izin veren ABD'de bu yöntemle çocuk sahibi olmuş ve Amerikan mahkemelerince Fransız ebeveynlerin yasal velayetine de karar verilmiştir. Ancak Fransız yetkili makamlar, ABD'de alınan doğum sertifikası bilgilerinin nüfus kayıtlarına işlemeyi reddetmiştir. Fransız Temyiz Mahkemesi ise bu tür bir kaydın, Fransız hukukunda geçersiz olan taşıyıcı annelik sözleşmelerine etki tanıyacağı gerekçesiyle davacıların kayıt talebini yerinde görmemiştir. Davacılar bu durumda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne çocukların velayet hakkı ve bu hakka bağlı diğer yararların ihlal edildiği gerekçesiyle başvuruda bulunmuştur. AİHM yaptığı değerlendirmede, AB bünyesinde taşıyıcı annelik sözleşmelerinin geçerliliği konusunda henüz bir uzlaşı olmadığını vurgulamıştır. Mahkeme, Fransa'nın davacı şahıslar ile devlet menfaatleri arasında dengeli davrandığını kabul etmiş ancak çocuğun haklarının uygulama nedeniyle ihlal edildiğini de karara bağlamıştır. Çocuğun yararını müstakil olarak gözeten bu olumlu yaklaşım kanaatimizce de yerindedir zira taşıyıcı annelik yoluyla olsa dahi, doğmuş bir çocuk vardır ve bu çocuğun velayeti ile vatandaşlığı sorunlarının taşıyıcı anneliğin yasak olduğundan bahisle cevapsız bırakılması doğru olmayacaktır.

---

29 *Jan Balaz vs. Anand Municipality and 6 ors*. (Nov-11-2009, reported in AIR2010Guj21). Karar için bkz. https://www.legitquest.com/case/jan-balaz-v-anand-municipality-and-6-ors/15D7E9 (Erişim, 10.04.2021).

30 https://timesofindia.indiatimes.com/india/German-surrogate-twins-to-go-home/articleshow/5978925.cms (Erişim, 10.04.2021).

31 *Mennesson v. France* (No. 65192/11). Kararın metni için bkz. https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-145389%22]} (Erişim, 10.04.2021).

32 *Labassee v. France* (No. 65941/11). Kararın metni için bkz. https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-145180*%22]} (Erişim, 10.04.2021).

IV. TAŞIYICI ANNELİK SÖZLEŞMELERİNE GENEL BAKIŞ

Taşıyıcı annelik sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen *sui generis* bir sözleşme olarak kabul edilebilir[33] zira ücretin ödenmesi ile doğuran kadının çocuk üzerindeki haklarından feragat etmesi edimleri arasında tam mütekabiliyet bulunmaktadır. Bu bakımdan taşıyıcı annenin makul harcamalar için ücrete hak kazanması, bebeğin müstakbel ebeveyne teslimi ve diğer haklardan feragatine bağlıdır. Taşıyıcı annenin yapay döllenmeye izin vermesi, döllenme sonrası ve hatta doğum sonrası dahil sağlığına dikkat etmesi ile çocuk isteyen aileye çocuğu teslim etmesi borcu doğarken; çocuk sahibi olmak isteyen anne ile babanın, masrafların ödenmesi, çocuğun teslim alınması ile ivazlı sözleşmelerde kararlaştırılan ödemeyi yapması yükümlülüğü doğacaktır[34].

Tanımı gereği yabancılık unsuru içeren *milletlerarası* taşıyıcı annelikten doğan ücret alacağı ile diğer edimlerin ifası, sözleşmeye uygulanacak hukuku tayin eden kanunlar ihtilaf kuralına göre belirlenecektir[35]. Bu tür bir ücreti kabul eden hukuk sisteminin, örneğin Avustralya hukukunun, taşıyıcı annelik sözleşmesine uygulanacak hukuk olduğu hallerde de bu ücretin talep edilebileceği ileri sürülebilir[36]. Taşıyıcı annelik sözleşmesine uygulanacak hukuk meselesi, esasında yabancı taşıyıcı annelik kararlarının tanınmasında doğrudan önem arz etmemektedir. Zira tanıma aşamasında, uyuşmazlıkların esastan incelenmesi *revizyon* yasağını (*Révision au Fond*) ihlal anlamına gelecektir. Ancak taşıyıcı annelik sözleşmesinin kendisinden kaynaklı bir uyuşmazlık, örneğin taşıyıcı annelik sözleşmesi alacağı ya da sözleşmenin geçersizliği gibi, ortaya çıkabilir. Böylece yabancı hukukta kesin karara bağlanan taşıyıcılık annelik sözleşmesi alacağının Türkiye'de tenfizi gündeme gelebilir. Bu yüzden farklı hukuk sistemlerinin ve Türk hukukunun konuya yaklaşımı, tenfiz engeli olan kamu düzeni kuralının tanıma aşamasındaki yorumunda yol gösterici olacaktır. Diğer yandan milletlerarası ticari taşıyıcı annelik sözleşmeleri, mutat mesken ülkesindeki mahkeme yargılamaları üzerinde "kaçınılmaz şekilde ve önemli ölçüde dolaylı etkiler" bırakmaktadır[37]. Bu nedenle taşıyıcı annelik sözleşmesine uygulanacak hukukun nasıl belirleneceği ile taraflarca hukuk seçiminin mümkün olup olmayacağı meseleleri önem arz etmektedir.

---

[33] Farklı görüşler hakkında bkz. ŞENSÖZ MALKOÇ Ebru, "Uluslararası Taşıyıcı Annelik Sözleşmesinden Doğan İhtilaflarda Uygulanacak Hukuk", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yıl 35, Sayı 2, 2015, 13- 49, s. 24-26.

[34] EROL, s. 123 - 127.

[35] VAN WICHELEN, s. 39.

[36] KEYES, s. 38.

[37] *Ibid*, s. 47.

Hukuk seçiminin mümkün olduğu ancak taşıyıcı annenin, müstakbel ebeveyn karşısında zayıf konumda olduğundan, tüketici ve iş sözleşmelerinde olduğu gibi "asgari korumaların" belirlenmesi gerektiği vurgulanmıştır[38]. Burada taşıyıcı annenin mutat mesken hukuku önerilmektedir zira taşıyıcı annelik sözleşmesi, ticari sözleşmelerden farklı dinamikleri haizdir[39]. Buradaki mutat mesken esasında müstakbel ebeveyn için de kabul edilebilir bir seçimdir zira taşıyıcı anneliğe izin verilen mutat mesken hukukunun tüm taraflar için daha öngörülebilir ve hakkaniyetli düzenlemeler getireceği kanaatimizce varsayılabilir.

BGH, 20 Mart 2019 tarihinde verdiği kararda[40] Ukrayna'da yapılan taşıyıcı annelik sözleşmesi kapsamında doğan çocuğun soybağına uygulanacak hukuku ele almıştır. Alman baba ile annenin üreme hücrelerinin, Ukrayna'da taşıyıcı anneye nakli sonucunda doğan çocuğun annesinin kim olacağı meselesi Almanya'da tartışma konusu olmuştur. Mahkeme, Alman kanunlar ihtilafı kurallarını dikkate alarak uygulanacak hukuku tespit etmiştir. Kanunlar ihtilafı kuralına göre çocuğun soybağı, çocuğun mutat mesken hukukuna, ebeveynin milli hukukuna ve anne evliyse evliliğin genel hükümlerine uygulanan hukuka tabi olacaktır[41]. Mahkeme, çocuğun yaşam merkezinin onun mutat meskeni olacağını ve özel durumlar haricinde, ebeveynle çocuğun mutat meskeninin farklı olmayacağını vurgulamıştır. Böylece çocuğun mutat meskeninin Almanya olduğunu kabul eden mahkeme, genetik babanın velayetinin her iki ülkede de kabul edildiğini kabul etmiştir. Ancak somut uyuşmazlıkta Alman hukuku uygulandığından, EGBGB) madde 19/f.1 uyarınca çocuğu doğuran taşıyıcı annenin anne olarak kaydına ve gönüllü annenin ise evlat edinme yoluyla çocukla soybağı kurabileceğine karar vermiştir[42].

---

38 *Ibid*, s. 48.

39 STRUYCKEN Antoon (Teun) V. M., "Surrogacy, a New Way to Become a Mother? A New Private International Law Issue" in K Boele-Woelki, T Einhorn, D Girsberger and S Symeonides (Eds), **Convergence and Divergence in Private International Law** - Liber Amoricum Kurt Siehr, Schulthess/Eleven International Publishing, Zurich/The Hague, 2010, s. 368; KEYES, s. 48-49.

40 BGH, Mar. 20, 2019, XII ZB 530/17. Karar metni için bkz. http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=2019-3&Seite=3&nr=94770&pos=116&anz=264 (Erişim, 10.04.2021).

41 Madde 19/f.1 için bkz. http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgbeg/englisch_bgbeg.pdf (Erişim, 10.03.2020).

42 Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (EGBGB) madde 19/f.1 ve kararın detayları için bkz. http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&az=XII%20ZB%20530/17&nr=94770 (Erişim, 10.04.2021).

Taşıyıcı annelik sözleşmesinin, *sui generis* bir borçlar hukuku sözleşmesi olarak vasıflandırılması gerektiği kanaatindeyiz. Bu vasıf, özellikle de taşıyıcı annelik sözleşmesi ivazlı şekilde yapıldığında daha belirgin bir hale gelmektedir. Böylece aile hukuku alanından uzaklaşılmakta ve verilen hizmete karşılık ücretin kararlaştırıldığı bir sözleşme tipi ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla milletlerarası taşıyıcı annelik sözleşmesinin doğuracağı yükümlülükleri borçlar hukuku kapsamında ele almak gerekirken, bu yöntemle doğan çocuk ile taşıyıcı anne ya da çocuk isteyen anne - baba arasındaki soybağı, miras vb. meseleleri ise aile hukuku, miras hukuku gibi temel alan problemleri olarak vasıflandırmak gerekir.

5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun[43] ("MÖHUK") madde 24, sözleşmelerden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuku düzenleyen bir kanunlar ihtilafı kuralıdır. Madde 24/f.1, "sözleşmeden doğan borç ilişkilerini tarafların açık olarak seçtikleri hukuka" tâbi kılmıştır ve sözleşme hükümlerinden veya hâlin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen hukuk seçimini de geçerli" kabul etmiştir. Milletlerarası aile hukukunu ilgilendirmekle birlikte günümüzde karşılaştırmalı hukukta mal rejimi sözleşmeleri, evlilik sözleşmeleri, velayet sözleşmeleri gibi bazı aile hukuku uyuşmazlıklarında hukuk seçimine izin verilmektedir[44]. Dolayısıyla kamu hukukunu doğrudan ilgilendirmeyen ve esasında taşıyıcı anne ile müstakbel anne-baba arasındaki borçlar hukuku edimlerini düzenleyen taşıyıcı annelik sözleşmesinde de madde 24/f.1 gereği hukuk seçimi kanaatimizce mümkün olmalıdır. Seçilen hukukun sözleşmeyi kamu düzenine aykırılık ya da başka gerekçeyle geçersiz kılması veyahut seçilen hukukun MÖHUK madde 5 gereği Türk kamu düzenine açıkça aykırılık nedeniyle uygulanmaması ise ayrıca değerlendirilecek bir husustur. Bu tür sözleşmelerde de bir akdi borç ilişkisi vardır[45] ve sözleşmelere uygulanacak hukuk kapsamında uyuşmazlık çözümlenmelidir. Cevaplandırılması gereken bir diğer soru ise şudur: Taraflar, taşıyıcı annelik sözleşmesinde uygulanacak hukuku belirlememişlerse ne olacaktır? Örneğin taşıyıcı annelik sözleşmesinden doğan ve önceden belirlenmiş alacak, hangi hukuka tabi olacaktır?

MÖHUK madde 24/f.4'e göre "tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde sözleşmeden doğan ilişkiye, o sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk

---

43 RG T. 12/12/2007 S. 26728.

44 KEYES, s. 48-49.

45 ŞENSÖZ MALKOÇ, s. 28.

uygulanır. Bu hukuk, karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutat meskeni hukuku" olacaktır. "Ancak hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşme", bu yeni hukuka tâbi olacaktır. Ticari ve mesleki faaliyet olmayan taşıyıcı annelikte, gerçek kişiler arasında yapılan taşıyıcı annelik sözleşmesine uygulanacak hukukun tespiti için karakteristik edimin tespiti önem kazanmaktadır. Karakteristik edim kavramı öğretide, "sözleşmeyi karakterize eden, akde ağırlığını veren, akde hukuki özelliğini veren ve diğer edime nazaran daha rizikolu konumda bulunan" edim olarak tanımlanmaktadır[46]. Bu tanım dikkate alındığında kanaatimizce milletlerarası taşıyıcı annelik sözleşmelerinde karakteristik edim, taşıyıcı annenin gebelik ve doğum edimleridir zira bunlar, sözleşmeye adını veren ve ilişkiyi karakterize eden edimlerdir. Dolayısıyla karakteristik edim borçlusu olan taşıyıcı annenin sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutat meskeni hukuku, milletlerarası taşıyıcı annelik sözleşmelerinden doğan ihtilaflarda Türk mahkemeleri tarafından dikkate alınacaktır. Bu sonucumuz, karşılaştırmalı hukukta da taşıyıcı annenin mutat mesken hukukunu daha uygun ve öngörülebilir bulan yabancı öğretiyle de uyumludur. Çocuk sahibi olmak isteyen anne-babanın, ivaz karşılığı bu hizmeti almaları durumunda taşıyıcı annenin karakteristik edimi daha baskındır. Yine de her olayın şartlarını ayrı değerlendirmekte yarar olacaktır zira müstakbel ebeveynden üreme hücresi alınması, para verme dışında kalan başkaca edimlerin öngörülmüş olması, karakteristik edim borçlusunun değişmesine sebep verebilecektir. Elbette halin tüm şartlarına bağlı olarak, daha sıkı ilişkili bir hukukun tespiti halinde bu hukuk uygulanacaktır.

Gerek taşıyıcı annelik sözleşmesinden doğan alacak gerek soybağının tesisi bakımından uygulanacak hukuk belirlenirken MÖHUK madde 5 kapsamında Türk mahkemelerince kamu düzeni dikkate alınacaktır. Diğer yandan taşıyıcı anneliğe ilişkin Türk hukukundaki bazı kuralların MÖHUK madde 6 kapsamında doğrudan uygulanan kural olduğu kabul edilirse bu tür bir kural, kanunlar ihtilafı kuralı dikkate alınmaksızın doğrudan uygulama alanı bulacaktır[47]. Ancak esas konumuz yabancı taşıyıcı annelik kararlarının Türkiye'de tanınması olduğundan, çalışmamızın kapsamını aşmamak adına bu genel bilgileri vermekle yetiniyoruz.

---

[46] ŞANLI Cemal/ ESEN Emre/ ATAMAN-FİGANMEŞE İnci, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 7. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s. 293-294; ÇELİKEL Aysel / ERDEM B. Bahadır, **Milletlerarası Özel Hukuk**, Beta, 16. Bası, İstanbul, s. 384 vd.

[47] Örneğin aşağıda incelenecek olan Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği kapsamındaki sınırlamalar, kanaatimizce doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilebilecektir.

V. TAŞIYICI ANNELİKTE SOYBAĞINA İLİŞKİN KARARLARIN TANINMASI

Çocuğun müstakbel anne-babaya teslim edilmemesi[48], ticari nitelikteki taşıyıcı annelik sözleşmesinden doğan alacağın ödenmesine yönelik ilam, doğum belgesinin hukuki etkisi, yabancı velayet kararının nüfus kütüğüne işlenmesi gibi uyuşmazlıklar tanıma ve tenfiz ile ilgilidir. Yukarıda bahsedilen yaklaşımlar dikkate alındığında birçok ülkenin, taşıyıcı annelikle ilgili yabancı kararların tanınması ve tenfizinde kamu düzeni ihlali gerekçesine dayanacağını söylemek yanlış olmayacaktır. Fakat kamu düzeni istisnasını değerlendirirken, çocuğun temel haklarını da göz ardı etmemek gerekecektir.

Karşılaştırmalı hukukta taşıyıcı annelik yöntemiyle doğan çocuklar ile müstakbel ebeveyn arasında soy bağının kurulması ile halihazırda kurulmuş olan soy bağının başka bir ülkede tanınması çözülmesi gereken bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Yukarıda ele alındığı üzere Hindistan gibi bazı ülkelerde çocuğun anne ile genetik bağı aranmaktayken, Almanya gibi başlıca ülkelerde ise velayet kararı taşıyıcı anneliğe izin verilen bir ülkede alınsa bile bu kararın tanınması kamu düzeni gerekçesiyle kabul edilmemektedir. Özellikle de doğan çocukla ebeveynin hiçbirisi arasında genetik bağ yoksa bu halde tanıma kararının verilmesi büyük ölçüde imkansızlaşmaktadır. Yine de Almanya başta olmak üzere Kıta Avrupası hukuk sisteminde taşıyıcı annelikle ilgili kararların tanınmasına yönelik son yıllarda bir yumuşama olduğunu söylemek mümkündür.

10 Aralık 2014 tarihli kararında[49], Alman Federal Mahkemesi ("BGH") taşıyıcı annelik sonrası dünyaya gelen çocuk ile baba arasında soy bağını tesis eden yabancı mahkeme kararının Almanya'da tanınabilirliğini tartışmıştır. Uyuşmazlığa konu olayda, Alman hukukuna uygun şekilde eşcinsel evlilik gerçekleştirmiş kişiler California hukukuna uygun şekilde ABD'de taşıyıcı annelik sözleşmesi yapmış ve bu yöntemle çocuk sahibi olmuşlardır.

---

[48] 1984 yılında Amerikan vatandaşı Mary Beth Whitehead, bebek sahibi olamayan William-Elizabeth Stern çifti ile taşıyıcı annelik hususunda 10.000 dolar karşılığında anlaşmıştır. "İlk taşıyıcı annelik" olarak da bilinen bu olayda Whitehead, William Stern genetik baba olmasına rağmen, çocuğu doğum sonrasında aileye teslim etmemiştir. Bu konudaki tartışmalar ve süreç hakkında bkz. UNGAN ÇALIŞKAN, s. 493.

[49] *BGH, 10 December 2014, Az. XII ZB 463/13,* **Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts** 2015, 261- 267. Detaylı analiz için bkz. GÖSSL, s. 449 vd. Kararın tam metni için bkz. http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=69759&pos=0&anz=1 (Erişim, 10.04.2021).

Bu yöntemde erkeklerden birinin genetik baba olduğunu ve doğuran kadının da tüm haklarından feragat ettiğini dikkate alan California mahkemesi, her iki kişi lehine de babalık kararını vermiştir. Çift çocuklarıyla Almanya'ya dönmüş ve nüfus kaydına söz konusu kararın işlenmesini talep etmişlerdir. Ancak Alman yetkili makamları, söz konusu kararın kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesiyle kararın her iki eş için de işlenmesinden imtina etmiştir. BGH önüne gelen uyuşmazlıkta yüksek mahkeme, forumun kamu düzeni ihlali endişesi karşısında çocuğun üstün yararının daha önemli olduğundan bahisle kararın bütünüyle tanınmasını kabul etmiştir. Mahkeme yaptığı nihai değerlendirmede ise bu kararının, yabancı mahkeme kararları için ve ancak çocuğun ebeveynden biriyle genetik bağ taşıması ile sınırlı olduğunu vurgulamıştır[50].

Yukarıda ele aldığımız Mennesson *vs France* davası[51] ile *Labassee vs France* davasında[52], Fransız yetkili makamları, taşıyıcı annelik yoluyla ABD'de alınan doğum sertifikası bilgilerini nüfus kayıtlarına işlemeyi reddetmiştir. Ancak davacıların Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne, AİHS madde 8 kapsamında çocukların velayet hakkı ve bu hakka bağlı diğer yararların ihlal edildiği gerekçesiyle yaptığı başvuru üzerine AİHM de BGH kararına uygun şekilde, çocuğun yararını da gözeten dengeli bir karara ulaşmıştır.

Bu davalardan da görüldüğü üzere taşıyıcı annelikte soybağı kararlarının tanınması önündeki en önemli engel, tanıma ülkesinin "kamu düzeninin açık ihlali" endişesidir[53]. Yine de milletlerarası aile hukuku kararlarının tanınmasında, kamu düzeni engelinin daha dar yorumlanması gerektiği Alman hukukunda da kabul edilmektedir[54]. Diğer yandan herkesin bir annesi olduğu ve genetik babanın eşcinsel partnerinin ayrıca babalığının kabulünün kural olarak kamu düzenini ihlal edeceği de vurgulanmaktadır[55]. Tüm bu yaklaşımlara rağmen BGH'nin BM Çocuk Hakları Sözleşmesi ve AİHS hükümlerini dikkate alarak, kamu düzeni ihlali gerekçesini yumuşatarak çocuğun

---

50 GÖSSL, s. 450.

51 (No. 65192/11), https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-145389%22]} (Erişim, 10.04.2021).

52 (No. 65941/11), https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-145180*%22]} (Erişim, 10.04.2021).

53 GÖSSL, s. 455; DETHLOFF, s. 681.

54 GÖSSL, s. 457-458.

55 *Ibid*., s. 458-459.

üstün yararını gözetmesi kanımızca çocuk haklarına bakan yönü itibariyle yerinde bir karar olmuştur. Tüm bu gelişmelere rağmen Alman hukukunda, modern toplumun geçirdiği değişimleri geriden takip ettiği gerekçesiyle mevcut düzenlemelerin yetersizliği de vurgulanmaktadır[56].

Taşıyıcı annelikte soybağının tesisinde dikkat edilecek hususlardan biri de doğumu gerçekleştiren taşıyıcı annenin velayete dair görüşüdür. Avustralya aile mahkemesinde görülen *Re Mark* davasında[57] Victoria eyaletindeki çiftin, ABD'nin California eyaletinde geçerli şekilde taşıyıcı annelik sözleşmesi yapması ve doğan çocukla taşıyıcı anneliğin yasak olduğu Victoria'ya dönmüşlerdir. Aile mahkemesi, velayete ilişkin yargılamayı yurtdışındaki taşıyıcı anne ile kocasına bildirmiş ancak bu kişiler velayetle ilgilenmeyip haklarından feragat ettiklerinden dolayı davaya katılmamışlardır. Bu hususu dikkate alan mahkeme, soybağı kararının tesisine karar vermiştir[58]. Dolayısıyla taşıyıcı annenin hiçbir şekilde çocukla ilgilenmek istemediği hallerde ister ticari ister özgecil taşıyıcı annelik olsun, mahkemelerin halihazırda zaten ortada var olan çocukla müstakbel ebeveyn arasında soy bağını kabul etmesi dışında bir şansı olmayacaktır[59].

VI. TAŞIYICI ANNELİK SÖZLEŞMESİ ALACAĞINA İLİŞKİN KARARLARIN TENFİZİ

Taşıyıcı anneliğe izin veren hukuk sistemlerinde, taşıyıcı annenin makul harcamalar için belirli bir ücret karşılığında hizmet vermesi kabul edilmektedir. Bu yönteme katı yaklaşan hukuk sistemlerinde ise bu yöntem cezai yaptırıma tabi tutulmakta böylece usul ile ödemenin gizlice yapılmasının da önü açılmaktadır. Bu nedenle taşıyıcı annelik sözleşmesinden doğan alacağın karara bağlanması ve alacağı karara bağlayan yabancı kararın icrai etkiyi haiz olmak amacıyla başka devlette tenfiz davalarına konu olması sık rastlanan durum değildir. Aşağıda belirteceğimiz Türk hukukundaki tanıma-tenfiz engelleri ile özelikle kamu düzeni istisnasındaki açıklamalarımız, taşıyıcı annelik sözleşmesinden doğan alacağın tenfizi hususunda da geçerlidir. Yine de kamuya açık hale gelmiş bazı kararlar, taşıyıcı annelik sözleşmesinden doğan alacağa ilişkin fikir vermektedir.

---

56 DETHLOFF, s. 682.

57 *Re Mark (an application relating to parental responsibilities) (2003) 31 Fam LR 162 at [18].*

58 KEYES, s. 43-44.

59 *Ibid*., s. 46.

Çin'de Tianxin Bölge Mahkemesi, 2018 yılında verdiği bir kararda taşıyıcı anneye gizlice ödenen yaklaşık 1,4 milyon ABD doları tutarının iadesine karar vermiştir. Karara konu uyuşmazlıkta halihazırda kız sahibi olan baba, Çin'de tek çocuk politikasının esnetilmesi sonucu erkek çocuk sahibi olmak için eşinden gizli, taşıyıcı anne ile anlaşmış ve yurtdışına gidip gerekli işlemleri yaptıktan sonra ülkesine dönmüştür. Taşıyıcı anne burada ikiz bebek sahibi olmuş ve karşılığında belirtilen meblağı ödeme olarak almıştır. Genetik babanın mevcut eşi, erkek çocuklardan haberdar olunca dava yoluyla kocası tarafından ödenen bu meblağı talep etmiştir. Mahkeme de Çin'de bu yöntemin yasak ve "etik dışı" olduğunu ileri sürerek, tüm paranın iadesine hükmetmiştir[60].

Karşılaştırmalı hukukta ticari olmayan yöntemdeki taşıyıcı annenin, hamilelik ve dolayısıyla "makul sayılabilecek" harcamalar için ücret talep edebileceği kabul edilmektedir[61]. Bu ücreti kabul eden bir hukuk sisteminin, örneğin Avustralya hukukunun, taşıyıcı annelik sözleşmesine uygulanacak hukuk olduğu hallerde de bu ücretin talep edilebileceği ileri sürülmektedir[62]. Taşıyıcı annenin makul ücrete hak kazanması, bebeğin müstakbel ebeveyne teslimi ve diğer haklardan feragatine bağlıdır. Tanımı gereği yabancılık unsuru içeren milletlerarası taşıyıcı annelikten doğan makul ücret alacağı, sözleşmeye uygulanacak hukuku tayin eden kanunlar ihtilaf kuralına göre belirlenecektir[63]. Ancak her nasılsa yurt dışında elde edilmiş bir yabancı kararın, Türk vatandaşı ebeveyne karşı Türkiye'de tenfizi talebi kamu düzeni engeli kapsamında tartışılacaktır.

VII. AİHM KARARLARINDA TAŞIYICI ANNELİK

Taşıyıcı anneliğe dair karşılaştırmalı hukuktaki yaklaşımlar dikkate alındığında birçok ülkenin, taşıyıcı annelikle ilgili yabancı kararların tanınması ve tenfizinin reddinde "kamu düzeni ihlali" gerekçesine dayandığı görülmektedir. Zira milletlerarası taşıyıcı annelik, egemen devletin kamu düzeni endişeleri ile çocuğun üstün yararı arasında bir çatışma doğurmaktadır[64]. Böylece devletlerin adli ve idari makamları, kamu düzenlerini gerekçe göstererek ve çocuğun haklarını da dikkate almayarak velayet kararının tanınmasını reddedebilmektedirler.

---

60 https://intendedparents.com/category/china/ (Erişim, 10.03.2020).

61 KEYES, s. 38.

62 *Ibid*.

63 *Ibid*., s. 39.

64 VAN WICHELEN, s. 33.

Fransız mahkemelerine intikal etmiş bazı davalarda, bu kaçınılmaz çatışmanın detaylı tartışması yapılmıştır. *Mennesson vs France* davası[65] ile *Labassee vs France* davasında[66], Fransız evli çiftlerden kadın eşlerde gebe kalamama durumu olduğundan dolayı her iki çift de taşıyıcı anneliğe izin veren ABD'de bu yöntemle çocuk sahibi olmuş ve Amerikan mahkemelerince Fransız ebeveynlerin yasal velayetine de karar verilmiştir. Ancak Fransız yetkili makamları, ABD'de alınan doğum sertifikası bilgilerinin nüfus kayıtlarına işlemeyi reddetmiştir. Fransız Temyiz Mahkemesi ise bu tür bir kaydın, Fransız hukukunda geçersiz olan taşıyıcı annelik sözleşmelerine etki tanıyacağı gerekçesiyle davacıların kayıt talebini yerinde görmemiştir. Davacıların Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne çocukların velayet hakkı ve bu hakka bağlı diğer yararların ihlal edildiği gerekçesiyle yaptığı başvuruda AİHM, AB bünyesinde taşıyıcı annelik sözleşmelerinin geçerliliği konusunda henüz bir uzlaşı olmadığını özellikle vurgulamıştır. Mahkeme, Fransa'nın davacı şahıslar ile devlet menfaatleri arasında dengeli davrandığını kabul etmiş ancak "çocuğun haklarının uygulama nedeniyle ihlal edildiğini" de karara bağlamıştır. Çocuğun yararını müstakil olarak gözeten bu olumlu yaklaşım, Alman Federal Mahkemesi kararıyla daha da pekiştirilmiştir[67]. Zira taşıyıcı annelik yoluyla olsa dahi, doğmuş bir çocuk vardır ve bu çocuğun velayeti, vatandaşlığı vb. sorunlarının taşıyıcı anneliğin yasak olduğundan bahisle cevapsız bırakılması doğru olmayacaktır.

Milletlerarası taşıyıcı annelikle ilgili sorunların devam etmesi üzerine Fransız Temyiz Mahkemesi (*Cour de cassation*), taşıyıcı annelikte velayete ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanınmasına ilişkin bir soruyla AİHM'den tavsiye talebinde[68] bulunmuştur. 10 Nisan 2019 tarihli Tavsiye Görüşünde[69] (*Advisory Opinion*) AİHM, *Mennesson* ve *Labassee* kararlarıy-

---

65 *Mennesson v. France* (No. 65192/11). Kararın metni için bkz. https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-145389%22]} (Erişim, 10.04.2021).

66 *Labassee v. France* (No. 65941/11). Kararın metni için bkz. https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-145180*%22]} (Erişim, 10.04.2021).

67 Federal Supreme Court Judgment of 10 December 2014, *XII ZB 463/13*. Detaylı analiz için bkz. GÖSSL, s. 449 vd.

68 (Request no. P16-2018-001).

69 "Advisory Opinion Concerning the Recognition in Domestic Law of a Legal Parent-Child Relationship Between a Child Born Through a Gestational Surrogacy Arrangement Abroad and the Intended Mother", **58 I.L.M. 1241, 2019 WL 7157266**. Ayrıca bkz. https://hudoc.echr.coe.int/spa#{%22itemid%22:[%22003-6380464-8364383%22]} (Erişim, 10.04.2021). (*Tavsiye Görüş*).

la karşılaştırmalı hukuktaki yaklaşımlara atıfta bulunarak temyiz mahkemesinin sorusunu güncel gelişmeler ışığında değerlendirmiştir. Mahkemeye yöneltilen soruda özetle; taşıyıcı annelik yoluyla dünyaya gelen çocukla müstakbel anne arasında "yasal annelik" bağı kuran yabancı mahkeme kararının nüfus kaydına işlenmesinin reddi işleminin, AİHS madde 8'in ihlaline yol açıp açmayacağı ile müstakbel annenin, genetik babanın çocuğunu evlat edinmeyle AİHS madde 8'i etkinleştirip etkinleştiremeyeceği yöneltilmiştir[70].

AİHM yaptığı bu yakın tarihli değerlendirmede ilk soru bakımından, yabancı taşıyıcı annelik kararların tanınmamasının çocuğun madde 8'de yer alan özel yaşamına saygıyı ihlal ettiğini tekrarlamış ve mahkemenin önceki kararlarına atıfta bulunmuştur. 2017 yılında verilen *Paradiso and Campanelli vs. Italy* davasındaki[71] çıkarımına da atıfta bulunan mahkeme, çocukla ilgili uyuşmazlıklarda "çocuğun üstün yararının öncelikli olacağı" hususunu yinelemiştir. Mahkemeye göre bir ülke, bu olayda Fransa, kendi ülke vatandaşlarının yurt dışına gidip taşıyıcı annelik turizminden yararlanmaması noktasında önlemler alabilir ancak her halükarda, taşıyıcı annelikten doğan bir çocuk varsa artık çocuğun haklarının atılacak adımlardan etkileneceği unutulmamalıdır. Çocuk ile müstakbel anne arasındaki yasal annelik bağının tesisine yönelik yabancı kararın tanınmaması, çocuğun "toplumda kimliğine yönelik belirsizlikler" yaratacağı gibi "vatansızlık" gibi istenmeyen durumların oluşmasına da neden olabilecektir[72]. Ayrıca aşağıda da inceleneceği üzere BM Çocuk Hakları Sözleşmesi kapsamında çocuğun kendi anne ve babasını yani kökenini bilme hakkı vardır. AİHM ikinci soruya yönelik yap-

---

[70] Mahkemeye yöneltilen sorular, şu şekildedir:

"1. By refusing to enter in the register of births, marriages and deaths the details of the birth certificate of a child born abroad as the result of a gestational surrogacy arrangement, in so far as the certificate designates the 'intended mother' as the 'legal mother', while accepting registration in so far as the certificate designates the 'intended father', who is the child's biological father, is a State Party overstepping its margin of appreciation under Article 8 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms? In this connection should a distinction be drawn according to whether or not the child was conceived using the eggs of the 'intended mother'?

2. In the event of an answer in the affirmative to either of the two questions above, would the possibility for the intended mother to adopt the child of her spouse, the biological father, this being a means of of establishing the legal mother-child relationship, ensure compliance with the requirements of Article 8 of the Convention?"

[71] No. 25358/12, §195, (24 January 2017). https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-170359%22]} (Erişim, 10.03.2020).

[72] *Tavsiye Görüş*, s. 7-8.

tığı değerlendirmede de çocukla müstakbel ebeveyn arasındaki soybağı tesisindeki belirsizliklerin mümkün olduğunca "kısa vadede" çözümlenmesi gerektiğini belirtmiştir. AB hukukunda bir yeknesaklığın olmadığını vurgulayan mahkeme, madde 8'in devletler üzerinde kararların tanınması noktasında bir zorunluluk getirmediğini ancak her ülkenin çocuğun üstün yararları kapsamında somut şartları dikkate alarak diğer eşin çocuğunun evlat edinilebileceğini belirtmiştir. AİHM yaptığı nihai değerlendirmede ise taşıyıcı annelik uyuşmazlıklarının "karmaşık" olduğunu vurgulamış ve yeknesaklık için Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı'nın (*Hague Conference on Private International Law*) son yıllardaki çalışmalarının önemine vurgu yapmıştır.

VIII. BM ÇOCUK HAKLARI SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA TAŞIYICI ANNELİK

Taşıyıcı anneliği kabul eden bir hukuk sisteminde doğan bebeğin ebeveyni, süreci başlatan ve bebek isteyen anne ile baba olacakken; ebeveyn ülkesinde taşıyıcı annelik kabul edilmediği takdirde soybağı, çocuğu doğuran taşıyıcı anne ile kurulmaktadır. Türk Medeni Kanunu madde 282/f.1 uyarınca "çocuk ile ana arasında soybağı doğumla kurulmakta", diğer bir ifadeyle "çocuğu doğuran kadın", anne olmaktadır. Bu farklılıklar milletlerarası aile hukukunda soybağının kurulması meselesini çetrefilli kıldığı gibi, taşıyıcı annelik uyuşmazlığı nedeniyle mahkeme yoluyla elde edilmiş bir soybağı kararının tanınmasına yönelik soru işaretleri de meydana getirmektedir. Dolayısıyla sınır ötesi taşıyıcı annelikte, çocuğun yasal velayetinin kimde olacağı diğer bir ifadeyle çocuğun anne babasının kim olacağı tartışması büyük önemi haizdir. Bu belirsizliğin Çocuk Haklarına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (*The United Nations Convention on the Rights of the Child*)[73] madde 7 ve 8'de öngörülen "çocuğun ebeveyninin bilme ve onlar tarafından korunma, vatandaşlık alma" haklarını ihlal edebileceği de unutulmamalıdır. Taşıyıcı annelik yönteminden doğmuş bir çocuk, genetik anne-babasını öğrenmek istediğinde müstakbel anne ile babanın "iyi niyeti" ile merhametine bağlı olacaktır[74].

Yukarıda ele alınan AİHM kararları ile ulusal hukuklardaki taşıyıcı anneliğe dair olumlu kararlar dikkate alındığında, esas gerekçenin "çocu-

---

[73] R.G. Tarih: 27.01. 1995 Sayı: 22184.

[74] GSÖLL, s. 465.

ğun kimliği" ile çocuk hakları olduğunu söylemek mümkündür[75]. BM Çocuk Hakları Sözleşmesi madde 7/f.1'e göre "çocuk, doğumdan hemen sonra derhal nüfus kütüğüne kaydedilecek ve doğumdan itibaren bir isim hakkına, bir vatandaşlık kazanma hakkına ve mümkün olduğu ölçüde anababasını bilme ve onlar tarafından bakılma hakkına sahip olacaktır." Madde 8/f.1 ise çocuğun kimliğini korumayı hedefleyerek taraf devletlerin "yasanın tanıdığı şekliyle çocuğun kimliğini; tabiiyeti, ismi ve aile bağları dahil, koruma hakkına saygı göstermeyi ve bu konuda yasa dışı müdahalelerde bulunmamayı taahhüt ettiklerini" düzenlemiştir[76]. BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin taşıyıcı anneliği ilgilendiren bir diğer hükmü de madde 35'tir. Anılan hükme göre "taraf devletler, her ne nedenle ve hangi biçimde olursa olsun, çocukların kaçırılmaları, satılmaları veya fuhuşa konu olmalarını önlemek için ulusal düzeyde ve ikili ve çok yanlı ilişkilerde gereken her türlü önlemleri" almakla yükümlüdürler. Özellikle ticari nitelikteki taşıyıcı annelikte, gerçek manada "çocuğun satılması" söz konusu olmamakla birlikte çocukların istismarına yol açabilecek işlemler de bu kapsamda tartışılmaktadır[77].

IX. LAHEY MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK KONFERANSI ÇALIŞMALARINDA TAŞIYICI ANNELİK

Günümüzde birçok hukuk sisteminde velayetin gerek anne gerek baba bakımından nasıl tesis edileceği ulusal kanunlarla açıklığa kavuşturulmuştur. Ancak son yıllarda sağlıktaki gelişmeler nedeniyle geleneksel aile dinamikleri de değiştiğinden dolayı, milletlerarası özel hukukta belirsizlikler artmıştır. "Politik, sosyal ve kültürel gerekçelerle" ülkelerin yeni aile şekillerine farklı yaklaşması, yeknesak kuralların geliştirilmesini önlemektedir.[78] Bu nedenle milletlerarası özel hukukta, güncel gelişmelerin de dikkate alınarak taşıyıcı anneliği düzenleyen yeknesak kurallara ulaşmak önemli bir hedef haline gelmiştir.

---

75 BLAUWHOFF Richard / FROHN Lisette, "International Commercial Surrogacy Arrangements: The Interests of the Child as a Concern of Both Human Rights and Private International Law" in **C. Paulussen et al. (eds.), Fundamental Rights in International and European Law**, Asser Press, 2016, 211-241, s. 231.

76 BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin Türkçe metni için bkz. https://www.unicef.org/turkey/%C3%A7ocuk-haklar%C4%B1na-dair-s%C3%B6zle%C5%9Fme (Erişim, 10.04.2021).

77 BLAUWHOFF / FROHN, s. 232-234.

78 https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy (Erişim, 10.04.2021).

Türkiye'nin de 26 Ağustos 1955 tarihinden itibaren üyesi olduğu[79] ve milletlerarası özel hukukta iş birliğini hedefleyen bir kuruluş olan Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı ("HCCH")[80], üyelerinin talimatıyla 2015 yılından beri Daimi Büro aracılığıyla taşıyıcı annelik üzerine çalışma yürütmektedir. Ebeveynlik/Taşıyıcı Annelik Projesi kapsamında HCCH, 2020 yılı itibariyle 6. toplantısını gerçekleştirmiştir. Kuruluş, milletlerarası velayet kararlarının tanınmasına ilişkin milletlerarası sözleşme hazırlığı yanı şıra milletlerarası taşıyıcı annelikten doğan velayet kararlarının tanınmasına dair ayrı bir protokol üzerinden de çalışmaktadır[81]. Ekim-Kasım 2019 aylarında gerçekleştirilen 6. Toplantı neticesinde hazırlanan rapor ("Rapor"), Mart 2020'de ilan edilmiştir[82]. Bu güncel raporda, taşıyıcı anneliğe ilişkin bir hususa değinilmiş ve taslak sözleşme konusunda büyük aşama kaydedilmiştir.

Rapora göre, dünyanın çeşitli yerlerinden katılan uzamanlar "topal yasal velayet" (*limping legal parentage*) durumlarından kaçınmanın acil bir ihtiyaç olduğunu vurgulamışlardır[83]. Yapılacak düzenlemenin amacının milletlerarası durumlarda "yasal velayetin devamı, kesinlik ve belirliliği" sağlamak olduğu vurgulanmış ve BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde vurgulanan "çocuğun üstün yararları" hususunun da dikkate alınacağı belirtilmiştir[84]. Hazırlanan ve ayrı bir çalışma konusu olabilecek Taslak Konvansiyon'u tüm maddeleriyle burada ele almak, çalışmamızın kapsamını önemli ölçüde aşacaktır. Ancak taşıyıcı annelik konusunda taslağın birçok önemli düzenleme getirdiğini söylememiz mümkündür. Örneğin milletlerarası velayet kararının tanınmasının engellerinden biri olan "kamu düzeni" istisnasına tek başına yer verilmemiş, bu geniş istisnaya "çocuğun üstün yararının da gözetilmesi" ek sınırlaması eklenmiştir[85]. Kanaatimizce taslakta tanıma engellerinin oldukça sınırlı tutulması ve yukarda mahkeme kararları tartışmalarında da vurguladığımız üzere, çocuk yararının da uygulamayla uyumlu biçimde dikkate alınmasının vurgulanması oldukça yerinde bir düzenleme olmuştur. 2013 tarihli Avrupa Parlamentosu'nun karşılaştırmalı raporunda da Lahey

---

79 https://www.hcch.net/en/states/hcch-members/details1/?sid=74 (Erişim, 10.04.2021).

80 The Hague Conference on Private International Law.

81 https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy (Erişim, 10.04.2021).

82 https://assets.hcch.net/docs/d435cffc-65ce-4047-b603-ff63ed20591c.pdf (Erişim, 10.04.2021). ("*Rapor*").

83 *Rapor*, s. 2.

84 *Ibid*.

85 "a public policy exception, taking into account the best interests of the child". (çocuğun üstün yararını dikkate alan bir kamu düzeni istisnası).

Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı'nın uluslararası bir sözleşmenin hazırlanmasına yönelik 2010 yılında başlayan çalışmalarının AB tarafından da takip edilmesi önemle tavsiye edilmiştir[86].

Raporda aynı zamanda milletlerarası taşıyıcı annelikten doğan velayet kararlarının tanınmasına dair ayrı bir Taslak Protokol de oluşturulmuştur. Toplantıda yer alan uzmanlar ile gözlemciler, bu protokolün hem çocukların üstün yararları hem de tarafların temel haklarını koruyan bir düzenleme olacağını vurgulamışlardır[87]. Protokol, milletlerarası taşıyıcı anneliğe dair birçok hususa cevap vermektedir. Örneğin, milletlerarası taşıyıcı annelik sözleşmeleri mutlaka yazılı olmalı ve tanımanın kolaylaştırılması için standart bir form oluşturulmalıdır[88]. Sonuç olarak araştırma birimi, toplantıların devam etmesi ve bu önemli taslak düzenlemelerin daha da geliştirilmesi yönünde raporunu sonuçlandırmıştır.

X. TÜRK HUKUKU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME

1. Taşıyıcı Annelik Kararlarının Tanınması-Tenfizinde Kamu Düzeni Tartışması

A. Türk Hukukunda Tanıma-Tenfiz Sistemine Genel Bakış

Yukarıda ele alınan davalarda da vurgulandığı üzere taşıyıcı annelikte soybağı kararlarının tanınması önündeki en önemli engel, tanıma ülkesinin "kamu düzeninin açık ihlali" endişesidir[89]. Bu husus Türk mahkemeleri bakımından da geçerlidir. Milletlerarası taşıyıcı annelikle ilgili kararların Türkiye'de tanınması ile nüfus kayıtlarına işlenmesi meselelerini, kamu düzeni bağlamında ele almadan evvel Türk hukukunda genel olarak yabancı kararların tanınması-tenfizi sistemini ele almak meseleyi daha anlaşılır kılacaktır.

Türk hukukunda yabancı kararların tanınması ve tenfizi, MÖHUK madde 50 ve devamı hükümlerine tabidir. Madde 58/f.1 uyarınca, karşılıklılık şartı hariç, tüm tenfiz şartları aynı zamanda tanıma taleplerinde de geçerlidir. İster tanıma ister tenfiz davası olsun yabancı kararın Türkiye'de kesin yetkiyi ya da

---

86 Directorate General for Internal Policies Policy, Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, "A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States", 2013, PE 474.403, s. 199 vd.

87 *Rapor*, s. 5.

88 *Rapor*, s. 6-7.

89 GÖSSL, s. 455; DETHLOFF, s. 681.

icrai etkiyi haiz olabilmesi için kararın, "yabancı mahkemelerden hukuk davalarına ilişkin olarak verilmiş ve o devlet kanunlarına göre kesinleşmiş bulunan ilâm" olması ve yetkili Türk mahkemesi tarafından tenfiz kararı verilmesine bağlıdır. Bu "ön şartları" sağlayan yabancı mahkeme kararının Türkiye'de tenfizinin engellenmesi mümkündür. Tenfiz engellerini düzenleyen madde 54 uyarınca a) ilamın verildiği devletle akdi, kanuni ya da fiili bir mütekabiliyetin mevcut olmaması, b) ilamın Türk mahkemelerinin münhasır yetkisi giren bir konuda verilmiş olması ile davalının, karar veren mahkemenin aşkın yetki kullandığını ispatlaması, c) hükmün kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması ve son olarak da ç) davalının, hükmü veren mahkemeye usulüne uygun bir şekilde çağrılmamış veya o mahkemede temsil edilmemiş yahut bu kanunlara aykırı bir şekilde gıyabında veya yokluğunda hüküm verilmiş olduğunu ispatlaması halleri çerçevesinde tenfiz ret kararı vereceğini düzenlemektedir. Son olarak da madde 55/f.2 tenfiz davalısının, söz konusu "yabancı mahkeme ilâmının kısmen veya tamamen yerine getirilmiş yahut yerine getirilmesine engel bir sebep ortaya çıkmış olduğunu" öne sürerek itiraz edebilmesine de olanak tanımıştır.

MÖHUK'ta öngörülen tanıma-tenfiz sistemi genel olarak bu şekilde olmasına rağmen, Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmeler ile Türk iç hukukundaki bazı düzenlemelerin tanıma-tenfiz davalarında göz önünde bulundurulması gerekir. Örneğin Nüfus Hizmetleri Kanunu'nda[90] 690 sayılı KHK ile yapılan değişiklik sonucunda, yabancı makamlarca verilen evliliğin sona erdirilmesi kararları konusunda MÖHUK'ta öngörülen tanıma sistemine "alternatif bir tanıma yolu" getirilmiştir[91]. Bu yöntemde yabancı adli veya idari makam kararları nüfus kütüğüne doğrudan tescil edilirken de söz konusu kararın Türk kamu düzenine açıkça aykırı olmaması şartı da aranmaktadır. Önemle belirtelim ki çalışmamızın konusu olan taşıyıcı annelikle ilgili soybağının tesisi ile tanıma-tenfiz meseleleri madde 27/A kapsamına girmemektedir. Diğer yandan 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi[92] madde 4/a gereği, ebeveyn-çocuk arasındaki yasal velayetin tesisi mese-

---

90 RG T. 29/4/2006 S. 26153.

91 ÇELİKEL/ERDEM, s. 792 vd.

92 Sözleşmenin tam adı, "Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair 1996 Tarihli Lahey Sözleşmesi" şeklindedir. İngilizce tam adı ise *Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children* olan bu önemli sözleşme, Türkiye bakımından 1 Şubat 2017 tarihinden beri yürürlüktedir. R.G. Tarih: 03.01.2017 Sayı: 29937.

lesi de açıkça kapsam dışında bırakılmıştır[93]. Bu nedenledir ki yukarıda da tartışıldığı üzere, Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı taşıyıcı annelikte velayet ve soybağı hususlarını da ele alan uluslararası düzenlemeler için çalışmalar yürütmektedir.

B. Yabancı Taşıyıcı Annelik Kararları ve Kamu Düzeni İlişkisi

Milletlerarası taşıyıcı annelikten elde edilen bir yabancı adli ya da istisnai olarak idari kararın, Türkiye'de tanınıp tenfiz edilebilmesi için varılan hükmün Türk kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması gerekir. Bu nedenle gerek taşıyıcı annelik süreci sonucunda elde edilmiş yabancı velayet kararı (*parental order*) başta olmak üzere, taşıyıcı annelik sözleşmesinden doğabilecek alacağın ödenmesine ilişkin kararların Türkiye'de etki doğurmaları için kamu düzeni engelinin aşılıp aşılamayacağının tespiti önem taşımaktadır.

Aile hukuku, taraf serbestisinin "son derece sınırlı" olduğu ve kamu düzenini yakından ilgilendiren bir alan olduğundan[94] gerek yabancı hukukun uygulanması gerek yabancı kararın tanınması-tenfizi aşamalarında kamu düzeni sıkça gündeme gelmektedir. Türk kamu düzenine açıkça aykırılık engeli ele alınırken, tanıma-tenfizde bu kavramın istisnai ve dar şekilde yorumlanması gerektiğidir[95]. Zira kamu düzeni kavramı, "izafi, muğlak ve değişkendir"[96]. Yabancı kararda tartışılmış olan hususun, Türk hukukuna yabancı olması veyahut emredici kurallarla düzenlenmiş olması da doğrudan kamu düzenine aykırılık anlamına gelmez. YİBK verdiği kararda bu hususa değinmiş ve Anayasal bir kural dahi olan "mahkemelerin gerekçeli karar vermesi" şartının milletlerarası özel hukukta yabancılar mahkemeler için aranamayacağını ve bu eksikliğin kamu düzenine aykırılık teşkil etmediğine karar vermiştir[97]. Karşılaştırmalı hukukta mümkün olan ortak velayet kararlarının, Yargıtay tarafından tenfiz talebinin reddi yönünde kamu düzeni ge-

---

93 BLAUWHOFF / FROHN, s. 235; ULUSU KARATAŞ Ayşe Elif, "Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair 1996 Tarihli Lahey Sözleşmesi ve Türk Milletlerarası Özel Hukukuna Etkisi", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Volume: 37, Issue: 2, 911-1003, s. 922.

94 AKINCI Ziya / DEMİR GÖKYAYLA Cemile, **Milletlerarası Aile Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 8 vd.

95 ÇELİKEL/ERDEM, s. 752; ŞANLI / ESEN / ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 578 vd.

96 ŞANLI / ESEN / ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 574.

97 Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı, E. 2010/1 K. 2012/1 T. 10.02.2012, R.G. Tarih: 20.09.2012 Sayı: 28417.

rekçesiyle karar verilmesi doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir[98]. Yargıtay son yıllarda, kamu düzeni incelemelerinde kategorik yaklaşımı terk ederek müşterek velayet dahil iç hukukumuza yabancı birçok hususun Türk kamu düzenine açıkça aykırı olmadığı yönünde isabetli kararlar vermektedir[99]. Tanıma-tenfiz davalarında kamu düzenine açıkça aykırılık şartı re'sen mahkemece incelenirken, yabancı kararda uygulanan hukuk değil kararda nihai olarak varılan hükmün tanınması ile tenfizi sonucunda ortaya çıkacak sonucun değerlendirilmesi esastır[100]. Dolayısıyla taşıyıcı annelikten doğan yabancı kararların tanınması-tenfizinde de kamu düzeninin bu istisnai yorumu ile işlevleri dikkate alınmalıdır.

Nasıl ki Türk hukukunda ortak velayet düzenlenmemiş ve kabul edilmemiş bir usul ise, taşıyıcı annelik de Türk hukukunda birçok türü yasaklanmış bir yöntemdir. Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği[101] madde 28/f.1 uyarınca, yönetmelikte belirlenen usul ve esaslara uymayanlar hakkında, Ek-17'te yer alan müeyyideler uygulanmaktadır. Atıfta bulunulan EK 17 No 3-4-5-6 düzenlemeleri birlikte değerlendirildiğinde ise eşlerin yani müstakbel ebeveynlerin kendilerine ait üreme hücrelerini kullanmak haricindeki tüm yöntemlerin yasak olduğu söylenebilecektir[102]. Kaldı ki TMK madde 282 ve devamındaki düzenlemeler de dikkate alındığında taşıyıcı anneliğin emredici hukuk kurallarına aykırılık nedeniyle kesin hükümsüz oldukları da ileri sürülebilir[103]. Türk hukukunda taşıyıcı annelik sözleşmeleri ahlaka aykırı kabul edilmekle birlikte burada asıl ahlaka aykırı olanın taşıyıcı anneliğin ticarileştirilmesi olduğu haklı olarak vurgulanmıştır[104].

Fakat bu tespit, taşıyıcı anneliğe dair yabancı mahkeme kararlarının doğrudan reddi sonucunu doğurmamalıdır. Bir konunun Türk hukukuna oldukça yabancı olması ve hatta hukukumuzca emredici şekilde düzenlenmiş olması dahi yabancı kararın, aynı konu ele aldığı gerekçesiyle reddedilmesini meşru kılma-

---

98 ŞANLI / ESEN / ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 582, dn. 441; ÇELİKEL/ERDEM, s. 761 - 764.

99 ŞANLI / ESEN / ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 584.

100 ŞANLI / ESEN / ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 576; ÇELİKEL/ERDEM, s. 748 - 749.

101 RG T. 30.09.2014 S. 29135.

102 PARLAK BÖRÜ, s. 96-98.

103 ŞENSÖZ MALKOÇ, s. 33-34; "Türkiye'nin, tüm dünyada aksi yönde giderek artan bir eğilime rağmen, taşıyıcı anneliği açıkça yasaklayan ülkeler arasında yerini aldığı" hakkında bkz. PARLAK BÖRÜ, s. 99.

104 Borçlar hukuku bakımından taşıyıcı annelik sözleşmelerinin geçerliliği konusunda detaylı bilgi ve tartışmalar için bkz. PARLAK BÖRÜ, s. 99- 102.

yacaktır. Nitekim müşterek velayet, gerekçesiz yabancı karar gibi incelenen hususlarda da Yargıtay bu tür bir kategorik yaklaşımı terk etmiştir. Dolayısıyla Türk mahkemesince taşıyıcı annelik sözleşmesinden doğan uyuşmazlığın esasının incelenmesi ile yargılaması tamamlanmış ancak taşıyıcı anneliği konu edinmiş bir yabancı kararın tanınması, dinamikleri ve düzenlemeleri farklı olan iki ayrı hususdur. İkinci durumda Türk hukukunun etkilenebileceği yegane kısım, nihai hükmün uygulanması halinde Türk kamu düzeninin açıkça ihlal edilip edilmeyeceğidir. Kanaatimizce özellikle taşıyıcı anne ile müstakbel ebeveynin Türk vatandaşı olmadığı hallerde, yabancı ülkeden alınmış velayet kararları taşıyıcı annelik sonucunda alınmışlarsa bile Türkiye'de tanınabilmelidir.

Taşıyıcı annelikten doğan velayet kararlarının, Türkiye'de kamu düzeni engelini aşarak tanınabileceğine ilişkin görüşümüzü destekleyen bir diğer önemli gerekçe ise çocuğun üstün yararıdır. Karşılaştırmalı hukuk bakımından yukarıda da tartışıldığı üzere, hangi yöntemle doğmuş olursa olsun, yadsınamaz bir gerçeklik vardır ki o da dünya gelmiş ve uyuşmazlık anında var olan bir çocuktur. Çocuk hakları bakımından mesele ele alındığında; salt taşıyıcı annelik yöntemi kullanıldığı gerekçesiyle çocukla müstakbel ebeveyn arasındaki yabancı velayet kararının tanınmasını engellemekle, salt müşterek velayet kararı verilmiş diye yabancı velayet kararının tanınmasını engellemek arasında esasen hiçbir fark yoktur. Bu yaklaşım tehlikelidir zira geriye dönük esasa ve yönteme ilişkin bu tür kamu düzenine dayalı sorgulama, esasında çocuğun halihazırda doğduğu ve birçok açıdan soybağının acil tesisine muhtaç olduğu gerçeğini göz ardı edebilmektedir. Karşılaştırmalı hukukta da vurgulandığı üzere, kamu düzeni gerekçesiyle "ticari taşıyıcı anneliğin yasak olması" ilkesi ile "çocuğun üstün yararlarının korunması" ilkesi çatışma kaçınılmaz olmaktadır[105]. Ancak devlet mahkemeleri, bu çatışmayı ele alırken ayrı bir hassasiyet göstermeli ve çocuğun üstün menfaatleri gerektirdiği takdirde Anayasa madde 41/f.3 gereği çocuğun yasal "ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkını" korumalıdır. Hatta örneğin, bir Türk vatandaşı anne ile genetik baba California'da bu yöntemle çocuk sahibi olmuş ve taşıyıcı annenin feragatiyle yabancı mahkeme Türk vatandaşlarına yasal velayet hakkı vermişse, bu yabancı karar da belirttiğimiz gerekçelerle artık Türk hukukunda tanınabilmelidir. Bu tür bir çözüm, BM Çocuk Hakları Sözleşmesi ile Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda yer bulan "çocuğun yüksek-üstün yararı" ilkesiyle de uyumludur.

---

[105] KEYES, s. 42.

2. Türk Vatandaşlarını Konu Edinen Taşıyıcı Annelik Kararları

Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği'nin Tanımlar başlıklı 4. maddesinin ğ bendinde Üremeye yardımcı tedavi (ÜYTE), "anne adayının yumurtası ile kocanın sperminin çeşitli yöntemlerle döllenmeye daha elverişli hale getirilerek, gerektiğinde vücut dışında döllenmesini sağlayıp, gametlerin veya embriyonun anne adayına transferini kapsayan ve modern tıpta bir tıbbi tedavi yöntemi olarak kabul edilen uygulamalar" şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanım dikkate alındığında eşlerin sadece kendilerine ait üreme hücrelerini yardımcı tedavi yöntemleriyle döllenmeye elverişli hale getirebilecekleri anlaşılmaktadır. Yönetmelik gerektiğinde vücut dışı döllenmeye de izin vermekte ancak taşıyıcı bir annenin devreye girmesini, bir taraf genetik ebeveyn olsa bile kabul etmemektir.

Türk hukukunda taşıyıcı anneliğin yasaklanması ve EK 17 uyarınca çeşitli ağır yaptırımların öngörülmüş olması, taşıyıcı anneliğin tartışıldığı Türk mahkeme kararlarına ulaşmayı zorlaştırmaktadır. Yine de gerek karşılaştırmalı hukukta Türk vatandaşlarını konu alan yabancı mahkeme kararları gerek tanımatenfiz davalarından yola çıkarak, Türk hukukunu ilgilendiren bazı temel uygulamalara ulaşmak mümkündür. Bu kararlar, Türk hukukunda düzenlenmemiş olsa bile globalleşen ilişkiler ve sağlık turizmi nedeniyle Türk hukukunda da bu tür bir aykırı meselenin ele alınmasının gerekliliğini ortaya koymaktadır.

Re G (Surrogacy: Foreign Domicile) davasında[106] İngiliz mahkeme, Türk vatandaşı çiftin İngiltere'de İngiliz taşıyıcı anneden doğan çocuğunu alıp Türkiye'ye götürülmesini değerlendirmiştir. Bu davada mahkeme, Türk vatandaşları lehine doğrudan velayet kararı (parental order) vermek yerine başvurucu ebeveyne Evlat Edinme ve Çocuk Kanunu[107] uyarınca velayet sorumluluğunun verilmesi yönünde karar vermiştir. Velayet kararı verilmeyip velayet sorumluluğunun Türk vatandaşlarına verilmesi, Türkiye'de bu çocuğun evlat edinilmesini kolaylaştırmayı hedeflemektedir.

Yargıtay verdiği 4 Mart 2015 tarihli kararı[108], malpraktisten kaynaklı tazminat talebini incelemekle beraber taşıyıcı annelik konusunda da önemli hususları içeren ilgi çekici bir karardır. Karara konu uyuşmazlıkta davacı,

---

[106] *Re G (Surrogacy: Foreign Domicile) [2007] EWHC 2814 (Fam). https://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed984* (Erişim, 10.04.2021).

[107] Adoption and Children Act 2002 (UK). https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/38/contents (Erişim, 10.04.2021).

[108] T.C. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi E. 2014/15524 K. 2015/6588 T. 4.3.2015.

"*15.02.2007 doğumlu ...'in velisi olan anne ... ile baba ...'in, 2006 yılı içinde tüp bebek yöntemi ile çocuk sahibi olmak için davalı şirkete ait hastaneye başvurulduğunu, diğer davalıların bu hastanede doktor olarak görev yaptığını, davalı hastanenin yüksek bir ücret karşılığınca yaptığı çalışmalar sonucunda Kıbrıs'ta başka bir donörden alınan yumurtaların 03.04.1964 doğumlu davacı ...'e nakli yoluyla yani* ***taşıyıcı anne*** *yöntemi ile hamile kalmasının sağlandığını*" belirtmiştir. Davacı ayrıca "*hamilelik sürecinin davalıların bakım ve gözetiminde ilerletildiğini ... taşıyıcı anne yöntemi ile 42 yaşında hamile kalmasına rağmen hamilelik sırasında amniosentez uygulaması yapılmadan sadece yumurtaları alınan donör'ün yaşı girilerek 3'lü test yapıldığını, davalılar tarafından hamilelik sırasında bebekle ilgili herhangi bir problem olduğunun söylenmediğini, gayet sağlıklı olduğunun söylendiğini*" ileri sürmüştür. Ancak taşıyıcı annenin 15.02.2007 tarihinde erken doğum yapması nedeniyle "*davacı bebeğin 18. kromozomun uzun kolunda bozukluk sebebiyle anomali rahatsızlığı ile %100 engelli ve özürlü olarak ömür boyu başkalarının bakımına muhtaç olarak dünyaya geldiğini, bu durumun davalıların özenli ve dikkatli olarak görevlerinin gereklerini yerine getirmeyerek kusurlu davranışlarda bulunmalarından dolayı yaşandığını ileri sürerek ... şimdilik %100 işgücü kaybından dolayı doğan kazanç kaybı için 3.000.00.TL, bakıcı ücreti olarak 4.000.00.TL, tetkik ve tedavi giderleri için 1.000.00.TL olmak üzere toplam 8.000.00.TL maddi tazminatın davalılardan tahsiline karar verilmesini*" talep etmiştir.

Yargıtay, her ne kadar uyuşmazlığı "doktor ve özel hastanenin sorumluluğu" ağırlıklı incelemiş ise de taşıyıcı anneliğe yönelik bazı değerlendirmeler de bu kararda yer almaktadır. Yargıtay bu kararında öncelikle "somut olayda davalı şirkete ait hastanede davalı doktorlar tarafından ***Türkiye'de yasak olması sebebiyle*** Kıbrıs'ta başka bir donörden alınan yumurtaların (taşıyıcı anne) ...'e nakli sağlanarak ...'in hamile kalmasının sağlandığı ve hamilelik sürecinin takip edildiği" hususunun ihtilafsız olduğunu belirtmiştir. Mahkeme daha sonra, Adli Tıp Kurumu Başkanlığı 3. İhtisas Kurulu'nun 29.04.2011 ve 14.06.2013 tarihli raporunu da dikkate alarak "... anne, bebek ve yumurtaları alınan donör ile ilgili kayıtların doğru, düzgün ve yeterli şekilde tutulup tutulmadığı, ...'e, yumurta nakli yöntemiyle hamilelik ile ilgili bilgilerin ve risklerin ayrıntılı olarak anlatılıp anlatılmadığı, davalıların, 03.04.1964 doğumlu ...'in hamilelik sürecinde hamileliğin ve bebeğin sağlıklı bir şekilde gelişmesini tamamlaması yönünde gerekli testleri ve kontrolleri tam olarak yaptırıp yaptırmadıkları, hamile kaldığı sırada 42 yaşında olan ...'e, amniosentez yapılmasının gerekli olup olmadığı..." gibi temel sorunların raporda eksik incelendiğini saptamış ve davacı lehine kararı bozmuştur.

Yargıtay'ın bu kararı, çalışmamızın konusu özelinde ele alındığında bazı çıkarımlarda bulunmamız mümkündür. Öncelikle karar göstermektedir ki taşıyıcı anneliğin Türkiye'de yasak olması, her iki ebeveynin ya da ebeveynden birinin döllenme sorunu yaşadığı hallerde, Türk vatandaşlarını da taşıyıcı anneliğe izin verilen ülkelere gitmeye zorlamaktadır. Diğer yandan kararın başında da vurgulandığı üzere Türk vatandaşları ebeveynden, "*15.02.2007 doğumlu ...'in* ***velisi*** *olan anne ... ile baba ...*" olarak bahsedilmektedir. Müstakbel annebabadan veli olarak bahsedilmesi de taşıyıcı annenin haklarından feragat etmesi ve çocuğu doğuranın değil süreci isteyen kişilerin velayet hakkı sahibi olması yönündeki genel uygulamayla da uyumludur. Kararların içeriği, daha detaylı yorum yapmamızı sınırlandırmasına rağmen taşıyıcı anneliğin Türk hukukuna olan dolaylı etkilerini göstermesi bakımından bu örnek kararlar önemlidir.

SONUÇ

Taşıyıcı annelik, milletlerarası aile hukukunda biyoteknolojik gelişmelere bağlı olarak ortaya çıkmış ve tartışılagelen bir meseledir. Karşılaştırmalı hukukta, taşıyıcı anneliğe izin veren ülkeler olduğu gibi bazı ülkelerde, Türkiye dahil, taşıyıcı anneliğin kesin biçimde yasaklanmıştır. Bu durum milletlerarası özel hukukun aile hukuku alanında yeknesaklığı engellerken aynı zamanda milletlerarası taşıyıcı anneliğe ilişkin kararların tanınması ile tenfizine ilişkin çeşitli problemler yaratmaktadır.

Fransa, Almanya başta olmak üzere Kıta Avrupası'nda bazı ülkelerin BM Çocuk Hakları Sözleşmesi ile AİHS hükümlerini de dikkate alarak çocuk yararına yabancı taşıyıcı annelik kararlarına, kendi hukuklarında kural olarak yasak olmasına rağmen, etki tanımaları önemli bir gelişmedir. Konunun Türk hukukunda düzenlenmemiş olması ve de yasaklanması, taşıyıcı anneliğe dair yabancı mahkeme kararlarının tanınmasının doğrudan reddi sonucunu doğurmamalıdır. Türk mahkemesince taşıyıcı anneliği konu edinmiş bir yabancı kararın tanınması, dinamikleri ve düzenlemeleri farklı olan bir meseledir.

Taşıyıcı annelikten doğan velayet kararlarının, Türkiye'de tanınması davalarında çocuğun üstün yararı mutlaka dikkate alınmalıdır. Zira hangi yöntemle doğmuş olursa olsun, artık doğmuş ve korunmaya muhtaç bir çocuk bulunmaktadır. Sonuç olarak Türk adli ve idari makamları, kamu düzeni ile çocuğun üstün yararı arasındaki çatışmayı ele alırken ayrı bir hassasiyet göstermelidir. Anayasa madde 41/f.3 gereği çocuğun yasal "ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkını" acil olarak ve derhal korumalıdır. Çalışmamızda ileri sürülen bu çözüm önerisi, BM Çocuk Hakları Sözleşmesi ile AİHS temel ilkeleriyle de uyumludur.

KAYNAKÇA

AĞAOĞLU Cahit, "Karşılaştırmalı Hukukta Sınıraşan Taşıyıcı Annelik ile Taşıyıcı Anneden Doğan Çocukların Yasal Anne-Babalığının Kazanılma Sorunu", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, 40 / 1 (Haziran 2020): 437-480.

AKINCI Ziya / DEMİR GÖKYAYLA Cemile, **Milletlerarası Aile Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.

BLAUWHOFF Richard / FROHN Lisette, "International Commercial Surrogacy Arrangements: The Interests of the Child as a Concern of Both Human Rights and Private International Law" in **C. Paulussen et al. (Eds.), Fundamental Rights in International and European Law**, Asser Press, 2016, 211-241.

ÇELİKEL Aysel / ERDEM B. Bahadır, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 16. Bası, Beta, İstanbul, 2020.

DETHLOFF Nina, "Changing Family Forms: Challenges for German Law", 46 **Vict. U. Wellington L. Rev.** 671.

EKŞİ Nuray, "Mahkeme Kararlarında Sınıraşan Taşıyıcı Anneliğe İlişkin Hukuki Sorunlar", **Public and Private International Law Bulletin**, Volume: 36, Issue: 2, 1-51.

EROL Yasemin, **Yapay Döllenme Yöntemleri ve Taşıyıcı Annelik**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.

GÖSSL Susanne Lilian, "The Recognition of a "Judgment of Paternity" in a Case of Cross-Border Surrogacy Under German Law. Commentary to BGH, 10 December 2014, AZ. XII ZB 463/13, **Cuadernos de Derecho Transnacional** (Octubre 2015), Vol. 7, Nº 2, pp. 448-465.

KEYES Mary, "Cross-border surrogacy agreements", (2012) 26 **Australian Journal of Family Law**, 28-50.

MADDEN Deirdre, "The quest for legal parenthood in assisted human reproduction", **D.U.L.J.** 1999, 21, 1-39.

PARLAK BÖRÜ Şafak, "Aile Hukukunda Zor Bir Dönemeç: Karşılaştırmalı Hukuk Bakış Açısıyla Taşıyıcı Anneliğe İlişkin Güncel Gelişmeler", **Public and Private International Law Bulletin**, 39(1): 63-110.

RUTUJA Pol, "Proposing an International Instrument to Address Issues Arising out of International Surrogacy Arrangements", **Georgetown Journal of International Law**, [Vol. 48, 2017], 1309-1335.

STRUYCKEN Antoon (Teun) V. M., "Surrogacy, a New Way to Become a Mother? A New Private International Law Issue" in K Boele-Woelki, T Einhorn, D Girsberger and S Symeonides (Eds), **Convergence and Divergence in Private International Law** - Liber Amoricum Kurt Siehr, Schulthess/Eleven International Publishing, Zurich/The Hague, 2010.

ŞANLI Cemal/ ESEN Emre/ ATAMAN-FİGANMEŞE İnci, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 7. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019.

ŞENSÖZ MALKOÇ Ebru, "Uluslararası Taşıyıcı Annelik Sözleşmesinden Doğan İhtilaflarda Uygulanacak Hukuk" **MHB**, Yıl 35, Sayı 2, 2015, 13- 49.

TURGUT Cemile, **Yapay Döllenme Taşıyıcı Annelik ve Soybağına İlişkin Hukuki Sorunlar**, On İki Levha, İstanbul, 2016.

ULUSU KARATAŞ Ayşe Elif, "Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair 1996 Tarihli Lahey Sözleşmesi ve Türk Milletlerarası Özel Hukukuna Etkisi", **Public and Private International Law Bulletin**, Volume: 37, Issue: 2, 911-1003.

UNGAN ÇALIŞKAN Hazal, "Bırakınız Taşısınlar: Taşıyıcı Anneliğe Güncel Bakış", MÜHF- HAD, C.22, S.1, 489-509.

VAN WICHELEN Sonja, "Changing Rights to Family Life: Biolegalities in the Globalization of Reproduction", (2016) 12 **Socio-Legal Rev.** 26-50.

"Advisory Opinion Concerning the Recognition in Domestic Law of a Legal Parent-Child Relationship Between a Child Born Through a Gestational Surrogacy Arrangement Abroad and the Intended Mother", **58 I.L.M. 1241, 2019 WL 7157266**.

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2021; 1: 867-912

BAĞIŞLANANIN BAĞIŞLAYANDAN ÖNCE ÖLMESİ HALİNDE BAĞIŞLAMA KONUSUNUN BAĞIŞLAYANA GERİ DÖNMESİ (DÖNÜŞÜ) ŞARTINI İÇEREN BAĞIŞLAMA (TBK m.292)(*)

Doç. Dr. **Kadir Berk KAPANCI**(**)

Öz: Bağışlananın bağışlayandan önce ölmesi halinde bağışlama konusunun bağışlayana geri dönmesi (dönüşü) şartını içeren bağışlama, özel olarak 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu 292. maddesinde düzenlenmiştir. Sözü edilen bağışlama, öğretide geniş anlamda ölüme bağlı bağışlama başlığı altında değerlendirilmektedir. Bağışlama konusu bir taşınmaz veya taşınmaz üzerinde kurulan bir ayni hak olduğunda, bu konuda tapu siciline aynı zamanda şerh düşülebilmesi imkânı da yine aynı madde dahilinde kabul edilmektedir. Yalnız sözü edilen türden bir bağışlama söz konusu olduğunda, şartın borçlandırıcı işlem için mi yoksa hem borçlandırıcı işlem hem tasarruf işlemi için mi öngörüldüğü ve buna bağlı olarak da maddede imkân tanınan şerhin hukuki niteliği ciddi tartışmalara konu olmuştur. Çalışmamızın amacı, bu tartışmalı konuyu, ileri sürülen farklı yaklaşımları da gözeterek ele almak ve buradan hareketle yeni bir yaklaşımda bulunmaktır.

Anahtar Kelimeler: Bağışlayana Geri Dönme Şartı, Bağışlama Sözleşmesi, Elden Bağışlama, Şerh, Geniş Anlamda Ölüme Bağlı Bağışlama.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 01.04.2021. Makale Kabul Tarihi: 29.04.2021.

(**) MEF Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı (ORCID no: 0000-0002-6540-5872; *kapancib@mef.edu.tr*).

DONATION WITH A REVERSION CLAUSE IN CASE OF THE RECIPIENT'S DEATH BEFORE THE DONOR (Art.292 TCO)

Abstract: Donation with a reversion clause when the recipient dies before the donor is particularly stipulated under the Article 292 of the Turkish Code of Obligations numbered 6098. In the legal literature, this aforementioned type of donation is treated under the heading of "donation upon death in a broader sense". Furthermore, when the object of donation is an immovable or a real right with regard thereto, it is also possible to enter an annotation (priority notice) to the land registry. Yet when the parties enter into agreement for such a type of donation, it is still debated whether the condition is envisaged either the obligatory transaction or the dispositional transaction, along with the legal nature of the annotation (priority notice) stipulated under the said provision. In this article, it is aimed to evaluate the different scholarly opinions to detail and to propose a new approach to the ongoing debate.

Keywords: Reversion Clause, Donation Contract, Donation From Hand to Hand, Priority Notice, Donation Upon Death in a Broader Sense.

GİRİŞ

Bilindiği üzere, birçok hukuki işlem gibi bağışlama ilişkisi de (yani gerek bağışlama sözleşmesi gerekse de elden bağışlama) genel olarak şarta (koşula), yani gelecekte gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belirsiz/bilinmeyen bir olguya bağlanabilir[1] (Bkz. Türk Borçlar Kanunu[2] *("TBK")* m.290/f.1;

---

[1] BADDELEY Margareta, Art.239-252 CO, **Commentaire Romand, Code des Obligations I, Art.1-529,** Eds. Luc Thévenoz / Franz Werro, Helbing Lichtenhahn, Basel, 2003, Art.245 CO, N. 2; TERCIER Pierre / FAVRE Pascal G., **Les contrats spéciaux,** 4e édition, Schulthess, Editions Romandes, Genève - Zurich - Bâle, 2009, s. 277; HONSELL Heinrich, **Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil,** 8. Ergaenzte und verbesserte Auflage, Staempfli Verlag AG Bern, 2006, s. 193; BUCHER Eugen, **Obligationenrecht Besonderer Teil,** Schulthess, Zürich, 1988, s. 157; KOLLER Alfred, **Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil,** Staempfli Verlag AG, Bern, 2012, s. 163; SEROZAN Rona, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm,** Güncellenmiş ve Genişletilmiş 4. Bası, Yayına Hazırlayanlar: Rona SEROZAN, Başak BAYSAL, Kerem Cem SANLI, Oniki Levha, İstanbul, 2018, s. 301; TONGSİR Ferih Bedii, **Bağışlama,** İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1955, s. 53; ARAL Fahrettin / AYRANCI Hasan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri,** Genişletilmiş 9. Baskı, Yetkin, Ankara, 2012, s. 197; TANDOĞAN Halûk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.I/1**, Tümü Yeniden İşlenmiş ve Genişletilmiş Beşinci Basım'dan Altıncı Tıpkı Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 363; VARDAR HAMAMCIOĞLU Gülşah, **Bağışlama Sözleşmesi,** Adalet Yayınları, Ankara, 2016, s. 160; OLGAÇ Senai, **Bağışlama, Borçlar Hukuku Akdin Muhtelif Nevileri (II),** Nazari ve Tatbıki Hukuk Eserleri Serisi N.12, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966, s. 229; VON TUHR

Andreas (çev. Cevat EDEGE), **Borçlar Hukuku, C.I-II,** Olgaç Matbaası, Ankara, 1983, s. 744; TUNÇOMAĞ Kenan, **Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri,** II. Cilt, 3. Bası, Sermet Matbaası, 1977, s. 396; FEYZİOĞLU Feyzi Necmeddin, **Borçlar Hukuku, İkinci Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri),** C.I, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 4. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980, s. 364; ZEVKLİLER Aydın / GÖKYAYLA Emre, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri,** 20. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020, s. 184; EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler,** 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 291; UYGUR Turgut, **Açıklamalı - İçtihatlı Borçlar Kanunu Özel Borç İlişkileri,** Dördüncü Cilt (Madde 225-229), Adalet Matbaacılık, Ankara, 1992, s. 337; KARAHASAN Mustafa Reşit, **Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri,** Dördüncü Cilt, Beta Yayınları, İstanbul, 1992, s. 438; KUTLUAY Ezgi, **Bağışlama Sözleşmeleri,** Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s. 45; YILMAZ Merve, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ile Karşılaştırmalı Olarak Bağışlama Sözleşmesinin Sona Ermesi,** Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2011, s. 61; YAVUZ Cevdet / ACAR Faruk / ÖZEN Burak, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler,** Güncellenmiş ve Yenilenmiş 9. Baskı, Beta, İstanbul, 2014, s. 347.

Öğretide ileri sürülen bir düşünceye göre sadece bağışlama sözü, şarta (geciktirici/bozucu) bağlanabilir (Bkz. bu yönde GÜMÜŞ Alper**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. I,** 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 211). Bunun tersi anlamından çıkan sonuç ise, şu gibi görünmektedir: Elden bağışlama ne geciktirici ne de bozucu şarta -ve dolayısıyla doğrudan inceleme konumuzu teşkil eden "*bağışlayana geri dönme şartına*"- bağlanabilir. Biz, bu konuda aşağıda çalışmanın devamında da aktaracağımız üzere böyle bir engelin bulunmadığı kanısını paylaşıyoruz.

Yine öğretide elden bağışlamanın bozucu şarta bağlanabilir olmakla birlikte geciktirici şarta bağlanamayacağını, böyle bir şartın elden bağışlamayla tam olarak bağdaşmayacağını kabul eden bir görüş de mevcuttur. İnceleme konumuzu oluşturan *"bağışlayana geri dönme şartı"* bir tür bozucu şart olduğundan, belirtilen son görüş dahilinde de bunun elden bağışlamaya eklemlenmesinde herhangi bir teknik sorun bulunmamaktadır. Söz konusu görüşün geciktirici özellikteki bir şartı elden bağışlamayla bağdaştıramamasının gerekçesi ise, elden bağışlamada bağışlama konusunun mülkiyetinin (veya başka bir hakkın) işlemin yapıldığı anda devredilmesidir (Bkz. bu yönde TONGSİR, s. 50 vd.; DEMİRAL Meltem, **Şartlı Bağışlama,** Adalet Yayınları, Ankara, 2011, s. 61; VARDAR HAMAMCIOĞLU, **Bağışlama,** s. 161; FEYZİOĞLU, s. 363; KUTLUAY, s. 46). Düşüncemize göre, hemen aşağıda -bir sonraki paragrafta- gerekçeleri açıklanacak şekilde, elden bağışlamanın geciktirici şarta bağlanmasına da herhangi bir engel olmamalıdır.

Bu arada yeri gelmişken antrparantez şu da belirtilmelidir, elden bağışlamanın hukuki niteliği de ayrıca tartışmalıdır. Kimileri bu işlemi bağışlama sebebine (*causa donandi*) dayalı kendine özgü soyut bir tasarruf işlemi olarak kabul ederken, kimi diğerleri elden bağışlamanın bünyesinde aynı anda -âdeta bir çırpıda- gerçekleşen bir borçlandırıcı işlem ve bir de tasarruf işlemi birlikte ihtiva ettiğini ileri sürerler. İkinci görüş dahilinde, elden bağışlamadaki tasarruf işlemi -elden bağışlamanın bünyesinde aynı anda ihtiva ettiği borçlandırıcı işlem de dikkate alınırsa- ifa sebebine (*causa solvendi*) dayanmaktadır. Bu konuda yine bkz. GÜMÜŞ, **Borçlar Özel,** s. 208-209; TANDOĞAN, s. 360; FEYZİOĞLU, s. 357-358; KARAHASAN, s. 432; YILMAZ, s. 37 vd.; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 345; ENGEL Pierre, **Contrats de droit suisse Traité des contrats de la partie spéciale du Code des obligations**, 2. Ed., Staempfli Verlag AG, Berne, 2000, s. 116; BADDELEY, **ComRom.,** Art.239 CO, N. 14; BECKER Hermann (çev. Suat DURA), **İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, İkinci Bölüm: Çeşitli Sözleşme İlişkileri - madde 184-551**, Yargıtay Yayınları n. 24, Ankara, 1993, Art.242 OR, N. 1.

Biz, genel olarak elden bağışlamanın, tıpkı elden yapılan diğer işlemlerde olduğu gibi (örneğin elden satış) borçlandırıcı işlemi ve tasarruf işlemini deyim yerindeyse "aynı anda" bünyesinde barındıran ve dolayısıyla içindeki tasarruf işleminin hukuki sebebi de ifa sebebi *(causa solvendi)* olan, "ikili yapıda" bir hukuki işlem olduğunu kabul ediyoruz ve elden bağışlama-

ayrıca bkz. TBK m.170/f.1; m.173/f.1). Bu konuda şarta ilişkin TBK m.170-176 hükümleri genel olarak uygulama alanı bulur. Kararlaştırılan şart, kanunda yer alan temel geçerlilik koşullarını yerine getirdiği dairede, geciktirici veya bozucu, olumlu veya olumsuz, iradi veya tesadüfi (ya da karmaşık) olabilir[3]. Bunlara herhangi bir engel yoktur. Bağışlananın bağışlayandan önce ölümü halinde bağışlama konusunun bağışlayana geri dönmesi (dönüşü) şartını içeren bağışlamaya[4] ise, TBK m.292'de özel olarak ve ayrıca yer

---

nın da herhangi türden bir şarta bağlanabileceğini düşünüyoruz. Düşüncemiz dahilinde, elden bağışlamada, bağışlama konusunun mülkiyetinin (veya başka bir hakkın) işlemin yapıldığı anda devredilmesi, geciktirici şartın da bu işlemle birlikte öngörülmesine herhangi bir engel oluşturmamaktadır. Öyle ki, eğer geciktirici şart, elden bağışlama bünyesindeki borçlandırıcı işlem bakımından öngörülmüşse, şartın sonradan gerçekleşmemesi (veya gerçekleşmeyeceğinin sabit olması), sadece ifa sonucu sebepsiz zenginleşme alt türlerinden gerçekleşmeyen sebebe dayalı bir sebepsiz zenginleşme (*condictio ob causam futuram* veya *condictio causa data causa non secuta*) oluşturacak ve buna bağlı bir iade talebine (bkz. TBK m.77 vd.) yol verecektir *(Pek tabii burada taşınırlar bakımından yapılan tasarruf işlemlerinde sebepten soyutluk ilkesinin kabul edildiği söylenmelidir, buna karşılık eğer sebebe bağlılık ilkesi kabul edilecek olursa hukuki durum -hemen izleyen cümlede izah edilecek- bizzat elden bağışlama bünyesindeki tasarruf işleminin geciktirici şarta bağlandığı duruma özdeş olacaktır.)* Yok eğer geciktirici şart, elden bağışlama bünyesindeki tasarruf işlemi bakımından öngörülmüşse, bu durumda şartın sonradan gerçekleşmeyecek olursa (veya gerçekleşmeyeceği sabit olursa), tasarruf işlemi hiç hüküm doğurmayacağından iade talebi -bağışlama konusu bir taşınır eşya mülkiyeti veya taşınır eşya üzerindeki başkaca bir sınırlı ayni hak (intifa veya rehin) olduğunda- ayni bir talep olan istihkak talebi (bkz. TMK m.683/f.2) olacaktır.

2 Resmî Gazete Sayı: 27836, Tarih: 4 Şubat 2011.

3 SİRMEN Lâle, **Türk Özel Hukukunda Şart,** BATİHAE, Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1992, s. 74; TONGSİR, s. 55 vd.; VON TUHR (EDEGE), s. 739 vd.; BUCHER, s. 157; TEKİNAY Selâhattin Sulhi / AKMAN Sermet / BURCUOĞLU Halûk / ALTOP Atillâ, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 330-332; ARAL/AYRANCI, s. 197; BAŞOĞLU Başak, **Mülkiyeti Saklı Tutma Anlaşması,** Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s. 49; SEROZAN Rona, **Medeni Hukuk - Genel Bölüm / Kişiler Hukuku,** 8. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, s. 401.

4 Bu türden bir bağışlamayı ifade etmek için Türk öğretisinde bir terim zenginliği söz konusudur. Öyle ki aynı kavrama karşılık gelmek üzere *"vahibe rücu şartlı hibe", "bağışlayana rücu şartlı bağışlama", "bağışlayana avdet şartlı bağışlama", "bağışlayana geri dönüş şartlı bağışlama", "bağışlayana dönme şartlı bağışlama"* terimleri de kullanılmaktadır (Bkz. ve karş. TONGSİR, s. 62; ARAL/AYRANCI, s. 201; TUNÇOMAĞ, s. 408; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 348).

Diğer taraftan Türk Borçlar Kanunu'nda *("TBK")* ilgili bağışlama türünü düzenleyen maddenin kenar başlığı *"Bağışlayana Dönme Koşullu Bağışlama"* olarak belirlenmiştir. İlgili maddenin 818 sayılı (eski) Borçlar Kanunu'ndaki *("eBK", Resmî Gazete Sayı: 366, Tarih: 8 Mayıs 1926)* karşılığını oluşturan eBK m.242'nin kenar başlığı ise *"Rücu Şartları"*dır.

Yine TBK m.292'nin mehaz İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki *("İsvBK")* karşılığını oluşturan 247. maddesine bakılacak olursa; ilgili kanunun Fransızca metninde madde kenar başlığı *"Droit de retour" (**Serbest çeviri:** "Geri dönüş hakkı"),* Almanca metninde *"Verabredung des Rückfalls" (**Serbest çeviri:** "Geri dönüş anlaşması")*, İtalyanca metninde *ise "Patto di riversione" (**Serbest çeviri:** "Geri dönüş anlaşması")* olarak tespit edilmektedir.

verilmiştir. Söz konusu hukuki yapıda bağışlama ilişkisi, bağışlananın bağışlayandan önce ölümü bozucu şartına bağlanmış bulunmaktadır. Yani bağışlama ilişkisi, kurulmasıyla birlikte bütünüyle hüküm ve sonuçlarını doğuracak; bağışlananın ölümü bozucu şartının gerçekleşmesiyle birlikte ise hükümden düşecek, yani sona erecektir. Bu şekilde bağışlanan bakımından, bağışlama konusunun (eşya üzerinde mülkiyet hakkı veya diğer sınırlı ayni haklar ve diğer haklar) bağışlayana iade edilmesi yükümlülüğü doğacaktır.

Diğer taraftan bağışlayana geri dönme şartının aynı zamanda, bağışlama konusu taşınmazlar (üzerindeki mülkiyet hakkı veya sınırlı ayni haklar) olduğunda şerh edilebileceği de TBK m.292/f.2'de özel olarak belirtilmiştir[5].

Yalnız, TBK m.292'nin, deyim yerinde olursa "renksiz" bir ifadeyle kaleme alınmış metninden, sevk ettiği hükümlerin bozucu şartın sadece borçlandırıcı işlem için mi, yoksa hem borçlandırıcı işlem hem de tasarruf işlemi için (ya da sadece tasarruf işlemi de olabilir) mi öngörüldüğü durumlarda uygulama alanı bulabileceği tam olarak anlaşılmamaktadır. Dolayısıyla buna bağlı olarak iade yükümlülüğünün üzerine oturacağı talep temelinin, bu temele dayalı olarak açılacak davanın ve aynı şekilde bu şart için öngörülmüş olan şerhin hukuki niteliği öğretide ciddi şekilde tartışma konusu edilmiş ve bu konuda -aşağıda ayrıntılarıyla aktarılacağı üzere- temel olarak iki farklı yaklaşımda bulunulmuştur[6]. Aslına bakılacak olursa, şartın bağlı olduğu işlemin hangi işlem (ya da işlemler) olduğunun tespiti, söz konusu olan taşınmazlar olduğunda düşülecek şerhin niteliğinin belirlenmesinde de etkilidir[7].

Çalışmamız çerçevesinde öncelikle sözü edilen şartın genel olarak kavramsal özellikleri, yerine getirdiği işlev ve tabi olduğu geçerlilik şekli üzerinde durulacak (**I**); akabinde ise sözü edilen tartışmaya ve ileri sürülen farklı yaklaşımlara ayrıntılarıyla yer verilecek (**II**) ve son olarak nasıl bir yaklaşımın takip edilmesinin daha yerinde olacağına ilişkin ayrıntılı bir değerlendirme yapılacaktır (**III**).

Biz, işbu çalışma dahilinde sözü edilen türden bir bağışlamayı en iyi şekilde ifade ettiğini düşündüğümüz için genel olarak -yukarıda çalışmanın başlığında da kullandığımız ve- daha uzun bir tamlamadan oluşan *"bağışlananın bağışlayandan önce ölmesi halinde bağışlama konusunun bağışlayana geri dönmesi (dönüşü) şartını içeren bağışlama"* terimini, yer yer de sadece ilgili şartı ifade etmek üzere de daha kısa olarak *"bağışlayana geri dönme (dönüş) şartı"* terimini kullanmayı tercih ettik.

5 ARAL/AYRANCI, s. 201.

6 VARDAR HAMAMCIOĞLU, **Bağışlama,** s. 220.

7 VARDAR HAMAMCIOĞLU, **Bağışlama,** s. 220.

I. BAĞIŞLAYANA GERİ DÖNME (DÖNÜŞ) ŞARTININ KAVRAMSAL ÖZELLİKLERİ, YERİNE GETİRDİĞİ İŞLEV VE TABİ OLDUĞU GEÇERLİLİK ŞEKLİ

Bağışlayana geri dönme şartı, özünde tesadüfi ve bozucu özellik gösteren bir şarttır[8]. Şart olarak öngörülen olgunun içeriği de bağışlananın bağışlayandan önce ölmesidir[9]. Bilindiği üzere, normal şartlarda ölüm tek başına bir şart oluşturmaz, olsa olsa belirsiz bir vadeden *(dies incertus quando)* söz açılmak gerekir[10]. Zira ölümün gerçekleşeceği kesindir (sonuçta her canlı er

---

[8] CAVIN Pierre, **Vente - Echange - Donation, Traité de droit privé suisse,** Volume VII, Tome I, 1, Editions Universitaires Fribourg, Fribourg, 1978, s. 185; SCHÖNENBERGER Beat, Art.247 OR, **CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht,** 2. Auflage, Hrsg. Markus MÜLLER-CHEN, Claire HUGUENIN, Daniel GIRSBERGER, Schulthess Juristsche Medien AG, 2012, Art.247 OR, N. 1; HUGUENIN Claire, **Obligationenrecht - Allgemeiner und Besonderer Teil,** Schulthess Juristische Medien AG, 2012, s. 774; VON TUHR (EDEGE), s. 745; TANDOĞAN, s. 371; TONGSİR, s. 63; BİLGE Necip, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri,** Sevinç Matbaası, Ankara, 1971, s. 131; TUNÇOMAĞ, s. 408; FEYZİOĞLU, s. 367; EREN, s. 295; AKKANAT Halil, **Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi,** Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s. 150.

[9] Bkz. ROMELLI Stefano, Art.247 OR, **Orell Füssli Kommentar, OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht,** Hrsg. Jolanta Kren KOSTKIEWICZ, Peter NOBEL, Ivo SCHWANDER, Stephan WOLF, 2. Überarbeitete und erweiterte Auflage, Orell Füssli Verlag AG, 2009, Art.247 OR, N. 1; SCHÖNENBERGER, **CHK,** Art.247 OR, N. 1; VOGT Nedim Peter / VOGT Annaïg L., Art.239-252 OR, **Basler Kommentar, Obligationenrecht I,** Art.1-529 OR, 6. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2015, Art.247 OR, N. 2; KOLLER, s. 164; ENGEL, s. 122; BADDELEY, **ComRom.,** Art.247 CO, N. 2; MAISSEN Sandra, **Der Schenkung im schweizerischen Recht,** Universitaetsverlag Freiburg Schweiz, Freiburg, 1996, s. 143; HUGUENIN, s. 774; MINDIZ Emine, **Klasik Dönem Roma Hukukunda Ölüme Bağlı Bağışlama (Donatio Mortis Causa) ve Türk Hukukundaki Görünümü,** Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi SBE, İstanbul, 2013, s. 268; ÖZMEN Etem Sabâ / ÜREM Müge, "Bağışlayana Dönme Koşullu Bağışlama Şerhinin Paylı Mülkiyetin Sona Ermesi (İzale-i Şuyu) Davasına İlişkin Sonuçları ve Paya Bağlı İntifa Hakkına Dayalı Olumsuzluklardan Ders Alınamayışı Üzerine Düşünceler", **BAÜHFD**, Y. 2016, C. 11, S. 145-146, s. 265-292, s. 278.

Bu arada TBK m.292'ye göre tasarlanmış bir bağışlamada, bağışlanan hakkında gaiplik kararı alınması halinde de bağışlama konusu bağışlayana geri dönecektir. Sonuçta TMK m.35/f.2'ye göre gaiplik kararı kişinin ölümü vuku bulmuş gibi sonuçlar doğurur, ölüme bağlı haklar aynen gaibin ölümü ispatlanmış gibi kullanılır (Gaiplik kararı ve sonuçları ile ilgili genel bilgiler için bkz. OĞUZMAN Kemal / SELİÇİ Özer / OKTAY-ÖZDEMİR Saibe, **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler),** 18. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019, s. 34; DURAL Mustafa / ÖĞÜZ Tufan, **Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku,** 20. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019, s. 34; SEROZAN, **Medeni Hukuk,** s. 426) Yalnız daha sonra bağışlanan kişi tekrar ortaya çıkar ve gerçekte hayatta olduğu anlaşılırsa, o bağışlama konusunu tekrar elde edebilmelidir. Bu konuda ayrıca bkz. DEMİRAL, s. 77.

[10] OĞUZMAN Kemal / ÖZ Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C-1,** Güncellenip Genişletilmiş 17. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s. 338; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, **Borçlar Hukuku,** s. 328-329; ÖĞÜZ Tufan, "Ölüme Bağlı Bağışlama ve Bu Bağışlamalara Uygulanacak Hükümler", **Prof. Dr. Halid Kemal Elbir'e Armağan,** İstanbul Üniversitesi

ya da geç mutlaka ölür), yalnızca ne zaman gerçekleşeceği belli değildir[11]. Şartın olmazsa olmazı ise, bünyesindeki belirsizlik unsurudur[12]. Dolayısıyla burada TBK m.292 özelinde bakıldığında, "*bağışlananın bağışlayandan önce ölümü*" olgusunun sadece ne zaman gerçekleşeceği değil, bizzat gerçekleşip gerçekleşmeyeceği dahi belirsizdir, ortada bir -bozucu- şart vardır[13]. Aslında TBK m.292 olmasaydı dahi, bu şart bir bağışlama bakımından öngörülebilirdi, kanun koyucunun bu şarta özel bir hüküm sevk etmesinin esas nedeni ise, ikinci fıkrasındaki şerh imkânından ileri gelmektedir[14].

Bağışlayana geri dönme şartının kararlaştırıldığı bağışlamanın konusu da alabildiğine çeşitlilik gösterebilir. Taşınır/taşınmaz mallar, haklar bu türden bir bağışlamanın konusunu oluşturabilir. Bağışlama konusuna göre de, işlemin bağlı olacağı modaliteler (başta hemen aşağıda yine bu başlık altında ele alınacak geçerlilik şekli olmak üzere) değişkenlik gösterebilir. Paylı mülkiyet konusu bir mal üzerindeki -her bir- paydaşın tek/kendi başına tasarrufuna elverişli bireysel (mülkiyet) payının da bağışlama konusu edilmesi mümkündür. Böyle bir olasılıkta, paylı mülkiyetin konusunun oluşturan malın taşınır veya taşınmaz olmasına göre bir değerlendirme yapılmalı, bu malın bütünüyle bağışlama konusunu oluşturduğu durumdakine benzer şekilde hareket edilmelidir[15]. Zira pay üzerinde yapılacak tasarruflarda, temel olarak paylı mülkiyet konusu eşyanın tabi olduğu kurallara tabi olunacaktır[16,17]. Böyle olunca da paylı mülkiyetin konusunu oluşturan eşya bir taşınır

---

Hukuk Fakültesi, Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı, İstanbul, 1996, s. 387; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip, **Miras Hukuku,** 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987, s. 126; VARDAR HAMAMCIOĞLU, **Bağışlama,** s. 209; SEROZAN, **Medeni Hukuk,** s. 403; FEYZİOĞLU, s. 365; UYGUR, s. 240; DEMİRAL, s. 76; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 347.

11 OĞUZMAN Kemal / ÖZ Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C-2,** Gözden Geçirilmiş 15. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020, s. 338; SEROZAN Rona, **Sağlararası İşlem Yoluyla Ölüme Bağlı Kazandırma,** Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1979, s. 31; VARDAR HAMAMCIOĞLU, **Bağışlama,** s. 209.

12 OĞUZMAN/ÖZ, **C.II,** s. 508; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, **Borçlar Hukuku,** s. 328; VON TUHR (EDEGE), s. 736; SİRMEN, **Şart,** s. 47; TONGSİR, s. 54-55; VARDAR HAMAMCIOĞLU, **Bağışlama,** s. 209.

13 MAISSEN, s. 143; GÜMÜŞ, **Borçlar Özel,** s. 215; KUTLUAY, s. 54.

14 ENGEL, s. 122; ROMELLI, **OFK,** Art.247 OR, N. 3; SCHÖNENBERGER, **CHK,** Art.247 OR, N. 1; VOGT/VOGT, **BasKom.,** Art.247 OR, N. 2; BUCHER, s. 158; HONSELL, s. 193; SCHMID Jörg / STÖCKLI Hubert / KRAUSKOPF Frédéric, **OR BT, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil,** Schulthess, Zürich - Basel - Genf, 2016, s. 139; BECKER (DURA), **BerKom.,** Art.247 OR, N. 1; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 187; KUTLUAY, s. 54.

15 Bu konuda bkz. ve karş. ÖZMEN/ÜREM, s. 281.

16 OĞUZMAN Kemal / SELİÇİ Özer / OKTAY-ÖZDEMİR Saibe, **Eşya Hukuku,** 19. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016, s. 307; NOMER Halûk Nami / ERGÜNE Serkan, **Eşya Huku-**

ise, paylar üzerinde yapılacak işlemlerde taşınır eşyaya ilişkin kurallar esas alınırken, eşya taşınmaz ise, paylar üzerinde yapılacak işlemlerde taşınmaz eşyaya ilişkin kurallar dikkate alınır[18].

TBK m.292'de bağışlayana geri dönme şartının öngörülen içeriğinin bağışlananın bağışlayandan önce ölmesi olması ve bir şekilde ölüm kavramına doğacak hukuki sonuçlar bağlamında yer verilmesi, öğretide bu tarzda bir bağışlamanın *"geniş anlamda ölüme bağlı bağışlama"* başlığı altında ele alınması sonucunu beraberinde getirmektedir[19]. Bununla birlikte bu kavram, *"dar ve teknik anlamdaki ölüme bağlı bağışlama" (donatio mortis causa)* kavramından ayrımlıdır. Dar ve teknik anlamıyla ölüme bağlı bağışlama olarak nitelendirilen bir bağışlamada, salt bağışlayanın ölümü olgusuna odaklanılır[20]. Ölüm, hemen yukarıda da belirtildiği üzere, tek başına belirsiz bir vade özelliği gösterirken[21], başka bazı yan olgularla (belirli bir tarihten öncesinde gerçekleşmesi gibi) birleştiğinde ise bir şart özelliği gösterebilir[22]. İlgili türden bağışlamaların ölüme bağlı tasarruflara olan benzerliği, kanun koyucunun bunlarla ilgili özel bir hüküm öngörmesi sonucunu beraberinde getirmiştir. Nitekim TBK m.290/f.2, sadece bağışlayanın ölmesi -geciktirici- şartı veya vadesine bağlanmış bağışlamaların ölüme bağlı tasarrufların[23]

---

ku, Gözden Geçirilmiş 7. Bası, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2019, s. 219 vd., 221; SİRMEN Lâle, **Eşya Hukuku,** Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 303; ÖZTAŞ İlker, **Paylı Mülkiyette Paydaşın Kullanma ve Yararlanma Hakkı,** Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2011, s. 19; ÖZMEN/ÜREM, s. 280.

17 Aslında pay, hukuki yapısı itibariyle bir eşya teşkil etmez ve fakat eşya üzerindeki mülkiyet hakkıyla (bu haktan doğan yetkilerle) ilişkilendirilir. Bu nedenle de şekli olarak pay üzerinde tasarrufta bulunulurken, maddi anlamda eşya üzerinde tasarrufta bulunulmaktadır. Bu nedenle de yapılan işlemlerde ilgili eşya türü (taşınır/taşınmaz) esas alınarak uygulanacak kurallar tespit edilmektedir (Bu konuda ayrıca bkz. ÖZTAŞ, s. 18-19).

18 OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, **Eşya Hukuku,** s. 307-308; ÖZTAŞ, s. 19.

19 MAISSEN, s. 143; ÖĞÜZ, s. 389; TUNÇOMAĞ, s. 408; SEROZAN, **Ölüme Bağlı Kazandırma,** s. 60; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, **Miras Hukuku,** s. 126; SEROZAN Rona / ENGİN İlkay, **Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları,** Güncellenmiş 5. Baskı, Seçkin, İstanbul, 2018, s. 291; MINDIZ, s. 267.

20 ARAL/AYRANCI, s. 199; ÖĞÜZ, s. 390-391; TUNÇOMAĞ, s. 401; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, **Miras Hukuku,** s. 126-127; EREN, s. 294; MINDIZ, s. 258.

21 ÖĞÜZ, s. 387; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, **Miras Hukuku,** s. 126; SEROZAN, **Medeni Hukuk,** s. 403; ARAL/AYRANCI, s. 199; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 347.

22 ÖĞÜZ, s. 387; FEYZİOĞLU, s. 365; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 347; SEROZAN, **Medeni Hukuk,** s. 403.

23 Esas itibariyle TBK m.290/f.2'nin madde metninde *"vasiyet"* ifadesi kullanılmıştır. Öğretide genel olarak bu ifadenin kullanımının hatalı olduğu ifade edilmekte, bunun *"ölüme bağlı tasarruf"* şeklinde düzeltilerek okunması gerektiği belirtilmektedir. Bağışlama bir sözleşme oluşturduğuna göre de takip edilecek şekil, miras sözleşmesinin şekli olacaktır (Bkz. VAR-

hükümlerine tabi olacağını belirtmektedir[24]. Bunun sebebi, bağışlama konusunun (ölüm bir vade olarak ya da geciktirici şart olarak kararlaştırılmış olsun) bağışlayanın sağlığındaki malvarlığından değil de terekesinden yerine getirilecek olmasıdır[25], dolayısıyla ölüme (vade veya şart olarak) bağlı bağışlamalar içeriklerinde bir şekilde maddi anlamda bir ölüme bağlı tasarrufu barındırmaktadırlar[26]. Yani TBK m.290/f.2, ölüme bağlı tasarruflara ilişkin hükümlerin arkasından dolanılmasına mâni olmayı hedef tutmaktadır[27]. Gerçi buradaki "*ölüme bağlı tasarruf hükümlerine tabi olma*" göndermesinden ne anlaşılması gerektiği tam olarak net değildir. Öğretideki ağırlıklı görüş, işlemin hem esas hem de şekil bakımından ölüme bağlı tasarruf hükümlerine tabi olduğunu ifade etmektedir[28]. Bu konuda bundan başka çokça ve farklı içerikte görüşün ileri sürüldüğü söylenebilir[29], bu görüşleri de kısaca özetleyelim: Öğretide kimi yazarlar hükmün sadece ölüme bağlı tasarruflardaki şekil kurallarına uyulması bakımından bir zorunluluk meydana getirdiğini ifade etmekte, diğer kimileri ise bu işlemin isimsiz bir sağlararası işlem niteliği taşıdığı kanaatini paylaşmaktadır. Yine diğer bazı yazarlar ise bağışla-

---

DAR HAMAMCIOĞLU, **Bağışlama,** s. 208; ARAL/AYRANCI, s. 199; GÜMÜŞ, **Borçlar Özel,** s. 214; BİLGE, s. 131; FEYZİOĞLU, s. 333-334; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 187; EREN, s. 295; UYGUR, s. 339; ÖĞÜZ, s. 389; İMRE Zahit / ERMAN Hasan, **Miras Hukuku,** 11. Tıpkı Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2015, s. 54; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, **Miras Hukuku,** s. 126; KUTLUAY, s. 52; YILMAZ, s. 78; ERGİN Nuri Taner, "Bir Koşullu Bağışlama Sözleşmesi Türü Olan "Yerine Getirilmesi Bağışlayanın Ölümüne Bağlı Bağışlama"nın Borçlar Hukuku ve Miras Hukuku Hükümleri Açısından İrdelenmesi", **İBD,** C.94, S. 2020/4, s. 221-234, s. 226-227).

Bu konuda genel olarak ve ayrıca bkz. BECKER (DURA), **BerKom.,** Art.245 OR, N. 6; KOLLER, s. 168; VOGT/VOGT, **BasKom.,** Art.245 OR, N. 10.

[24] TANDOĞAN, s. 368; GÜMÜŞ, **Borçlar Özel,** s. 214; OLGAÇ, s. 231; FEYZİOĞLU, s. 334; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 186; EREN, s. 295; UYGUR, s. 339; ÖĞÜZ, s. 388; KUTLUAY, s. 52; BECKER (DURA), **BerKom.,** Art.245 OR, N. 2.

[25] Malvarlığı ve tereke kavramları arasındaki fark için genel olarak bkz. SEROZAN/ENGİN, 119; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, **Miras Hukuku,** 31; AKKANAT, s. 79.

[26] ÖĞÜZ, s. 388.

[27] KOLLER, s. 168.

[28] TERCIER/FAVRE, s. 272; CAVIN, s. 184; VOGT/VOGT, **BasKom.,** Art.239 OR, N. 4; Art.245 OR, N. 6 vd.; KOLLER, s. 168; TONGSİR, s. 60; ARAL/AYRANCI, s. 200; TANDOĞAN, s. 368, 369; BİLGE, s. 131; TUNÇOMAĞ, s. 404; UYGUR, s. 340; ÖĞÜZ, s. 400; KUTLUAY, s. 53; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, **Miras Hukuku,** s. 127; İMRE/ERMAN, s. 54, 274. Ayrıca bkz. DURAL Mustafa / ÖZ Turgut, **Türk Özel Hukuku C. IV, Miras Hukuku,** Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016, s. 261.

[29] Bu tartışma ve ileri sürülen farklı görüşlerle ilgili ayrıntılı bilgi için özellikle bkz. VARDAR HAMAMCIOĞLU, **Bağışlama,** s. 209 vd.; ÖĞÜZ, s. 394 vd.; YILMAZ, s. 76 vd.; SEROZAN, **Ölüme Bağlı Kazandırma,** s. 60 vd.; SEROZAN/ENGİN, s. 294 vd.; ERGİN, s. 225; CAVIN, s. 184; BADDELEY, **ComRom.,** Art.245 CO, N. 49 vd.; MINDIZ, s. 261.

yanın ölümüne bağlı bağışlamaları ne sağlararası işlem ne de ölüme bağlı tasarruf teşkil etmeyen kendine özgü bir işlem olarak görmekte, diğer bazıları ise işlemin hukuki niteliğinin her bir durumda tarafların irade beyanlarının yorumlanmasıyla bulunulabileceğini dolayısıyla duruma göre işlemin sağlararası işlem veya ölüme bağlı tasarruf teşkil edebileceği düşüncesini ileri sürmektedirler.

Bu tartışmada alınacak tavır ve benimsenecek görüş bir yana, TBK m.292 çerçevesindeki bağışlananın ölmesi şartı ise, her ne kadar şartın bağlı olduğu bağışlamayı geniş anlamıyla bir ölüme bağlı bağışlama başlığı altında ele aldırsa da, bu kapsamda değerlendirilemez[30]. Zira TBK m.290/f.2 sadece ve istisnai olarak bağışlayanın ölümü olgusuna bağlı bağışlamalar için bu hükmü sevk etmiştir, burada ise arzu edilen sonuç bakımından ölümüne odaklanılan kişi bağışlayan olmayıp bağışlama sözleşmesinin diğer tarafını oluşturan bağışlanandır. Dolayısıyla hükmün sonuçları bu türden bir bağışlamaya da yaydırılamaz[31,32].

---

[30] SEROZAN, **Borçlar Özel,** s. 300; TONGSİR, s. 66; TANDOĞAN, s. 372; VARDAR HAMAMCIOĞLU, **Bağışlama,** s. 225.

[31] İnceleme konumuzu oluşturan tarzda bir bağışlama, bazı durumlarda ekonomik açıdan dar ve teknik anlamıyla ölüme bağlı bağışlamaya yaklaşan özellik gösterebilir. Ancak yine hiçbir durumda bu türden bir bağışlamaya TBK m.290/f.2'nin göndermesiyle ölüme bağlı tasarruflara ilişkin hükümler uygulanamaz, söz konusu bağışlama tam anlamıyla bir sağlararası işlemdir. Dolayısıyla TBK m.292 anlamında bir bağışlamaya bütünüyle TBK'nın bağışlama ilişkilerine ilişkin hükümleri uygulama alanı bulur (Ayrıca bkz. TONGSİR, s. 61; ÖĞÜZ, s. 389; SEROZAN, **Borçlar Özel,** s. 300; VARDAR HAMAMCIOĞLU, **Bağışlama,** s. 225; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, **Miras Hukuku,** s. 126; TANDOĞAN, s. 371-372; YILMAZ, s. 68; SEROZAN/ENGİN, s. 294; TERCIER/FAVRE, s. 279; MAISSEN, s. 143-144; BADDELEY, **ComRom.,** Art.247 CO, N. 2; SCHÖNENBERGER, **CHK,** Art.247 OR, N. 1; MINDIZ, s. 269).

[32] Buna karşılık Yargıtay, bazı kararlarında bu konuda gösterilmesi gerekli titizliği tam olarak göstermemekte ve ölüme bağlı bağışlama (TBK m.290/f.2) ile bağışlayana geri dönme şartlı bağışlamayı (TBK m.292) aynı çatı altında değerlendirmektedir. Bkz. Yarg. 2. HD., T. 12.02.1976, E. 710, K. 1159: *"Gelen tapu kaydına göre, A. dava konusu taşınmazı F.'ye bağışlamıştır. Ancak F.'nin daha önce ölmesi halinde taşınmazın mülkiyetini bağışlayana geçeceği yolunda bir şart öngörülmüştür. Yani şartlı bir bağışlama yapılmıştır. (B.K. 242). / A., F.den evvel öldüğü için rücu (dönme) şartı gerçekleşmemiştir. / Şu haliyle bağışlıyanın ölmesi halinde sonuç doğuran, kanuni deyimi ile (tenfizi bağışlayanı ölümüne bağlı) bir bağışlama söz konusu olup, vasiyet hükümlerinin uygulanması gerekir. (B.K. 240/2) Öyle ise Medeni Kanunun 466. maddesi gereğince saklı payı giderme kastı aranmaksızın tenkise karar verilmesi icap ederken olaya uymayan düşüncelerle davanın reddedilmesi usul ve kanuna aykırıdır."* (www.hukukturk.com, Son Erişim Tarihi: 30 Mart 2021). Bu kararın eleştirisi için ayrıca bkz. SEROZAN, **Ölüme Bağlı Kazandırma,** s. 73 dn. 119; ÖĞÜZ, s. 390; VARDAR HAMAMCIOĞLU, **Bağışlama,** s. 225.

Yine bkz. Yarg. 2. HD., T. 22.02.1983, E. 1269, K. 1439: *"Davaya konu bağışlama, rücu şartına bağlı olduğu için, ölüm anında gerçekleşmiş olur. Bu çeşit bağışlamalar, kasıt aran-*

TBK m.292'de öngörülen haliyle bağışlayana geri dönme şartının amacı, bağışlayanın sıkı ilişki içinde olmadığı bağışlananın mirasçılarını bağışlama konusu değerden faydalandırmamak, bu anlamda deyim yerindeyse

---

maksızın tenkise tabidir (MK. 507/3). Onun için tenkis hesapları yapılıp sonucu uyarınca karar verilmesi gerekirken bu yön gözetilmeden yazılı sebep ve düşüncelerle davanın red edilmesi usul ve kanuna aykırıdır." (www.hukukturk.com, Son Erişim Tarihi: 30 Mart 2021).

Son dönemde ise, belki yöneltilen eleştirilerin de bir sonucu olarak, Yargıtay'ın bu tutumunun değişmiş olduğu söylenebilir. Örnek olarak bkz. Yarg. 2. HD. T. 06.01.1996, E. 12170, K. 131: *"Borçlar Kanunu'nun 242. maddesinde öngörülen "bağışlananın bağışlayandan önce ölmesi halinde dönme koşulu", öğretideki üstün görüş doğrultusunda, bozucu koşula bağlı bir bağışlamadır. Bu tür bağışlamalarda (olayımızda olduğu gibi) bağışlayan bağışladığı şeyi sağlığında bağışlanana devir eder. Bağışlayan bu bağışından bağışlananın kendisinden önce ölmesi halinde dönme olanağına sahiptir. (Özel dönme koşulları bu kuralın dışındadır.) (...) O halde bağışlananın önce ölümü halinde dönme koşuluyla yapılan borçlar yasasının 242. maddesine uygun bağışlamalarda bozucu koşulun gerçekleşmesi halinde indirim davası söz konusu olmaz, bozucu koşulun gerçekleşmesinin olanaksız duruma gelmesi halinde (bağışlayanın bağışlanandan önce ölmesi) ise hukuki işlem sağlar arası işleme dönüştüğünden Medeni Kanun'un 507/3. maddesiyle öngörülen koşulsuz indirime tabi ölüme bağlı kazandırma olarak değil, maddenin 4. fıkrasıyla öngörülen sağlar arası kazandırma olarak değerlendirilerek indirim koşullarının varlığının araştırılması gerekir."* (www.kazanci.com, Son Erişim Tarihi: 20 Mart 2021).

Bkz. Yarg. 2. HD., T. 07.12.2004, E. 12015, K. 14655: *"Miras bırakan tarafından Borçlar Kanununun 242. maddesi uyarınca 21 ada 77 parseli B.'ye, 41 ada 3 parseli F.'ye kendisinden evvel vefat etmeleri halinde taşınmazların mülkiyetine rücu şartı ile bağışlamıştır. Yerine getirilmesi bağışlayanın ölümüne bağlı bir bağışta yoktur. (BK md.240/2) Taşınmazlar 22.02.1989'da bağışlanmış aradan 11 yıl geçtikten sonra muris M. 7.3.2000'de ölmüştür. Davacılar murisin taşınmazı bağışlarken saklı pay kurallarını etkisiz kılmak amacı ile hareket ettiğini de isbat edememişlerdir. (743 Sayılı MK md.507/son) Gerçekleşen bu durumlar karşısında davacıların davasının reddi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir."* (www.kazanci.com, Son Erişim Tarihi: 20 Mart 2021).

Bkz. Yarg. 2. HD., T. 21.09.2005, E. 10379, K. 12579: *"Borçlar Kanununun 242. maddesinde öngörülen "... bağışlananın bağışlayandan önce ölmesi halinde, bağışlanan şeyin, bağışlayanın mülküne rücu etmesi" kayıt ve şartıyla yapılan bağışlamaları "bozucu şarta bağlı sağlararası işlem niteliğinde olduğu; 743 Sayılı Türk Kanunu Medenisinin 507/3. maddesinde yer alan "bağışlayanın kayıtsız koşulsuz rücu hakkı olan bağışlamaların" kapsamında bulunmadığı, bu nedenle 743 Sayılı Türk Kanunu Medenisinin 507/4 maddesi gereğince mahfuz hisseyi bertaraf etmek kastıyla yapıldığının aşikar olması halinde tenkise tabi tutulacağı anlaşılmaktadır. (Y.2.HD. 29.11.2001, 15378-16797). Dava dosyasında miras bırakanın davacıların saklı paylarını bertarafa yönelik hareket içinde olduğu yönünden bir delil bulunmadığı ve bu nedenle 743 Sayılı Türk Kanunu Medenisinin 507/4. maddesi koşulları oluşmadığından davanın reddi yerine davalı F. yönünden tenkise karar verilmesi doğru değildir."* (www.kazanci.com, Son Erişim Tarihi: 20 Mart 2021).

Bkz. Yarg. 1. HD., T. 08.10.2009, E. 7918, K. 9771: *"Öte yandan, Borçlar Yasasının 242. maddesinde öngörülen "bağışlayanın bağışlayandan önce ölmesi halinde, bağışlanılan şeyin, bağışlayanın mülküne rücu etmesi" kayıt ve şartıyla yapılan bağışlamaların bozucu şarta bağlı sağlar arası işlem niteliğinde olduğu; Medeni Yasanın 565/3 maddesinde yer alan "bağışlayanın kayıtsız koşulsuz rücua hakkı olan bağışlamaların "kapsamında bulunmadığı, Medeni Kanunun 565/4 maddesi gereğince, mahfuz hisseyi bertaraf etmek kastıyla yapıldığının aşikar olması halinde tenkise tabi tutulacağı kuşkusuzdur."* (www.kazanci.com, Son Erişim Tarihi: 20 Mart 2021).

bağışlama konusunu sadece ve sadece bağışlanan kişiye *"hasretmektir"*[33]. Aslında bu şartla, ilgili amaca her zaman kesinlikle ulaşılabileceğini söylemek de güçtür. Zira bağışlayan bağışlanandan önce ölecek olursa, bu kez bozucu şartın gerçekleş(e)meyeceği belirli olacak, dolayısıyla yapılan işlem de ilanihaye ve kesin suretle sonuç doğurabilir hale gelecektir[34]. İlgili noktada amaçlanan sonuca, yalın/şartsız bir bağışlamayla, bağışlanan lehine ivazsız bir intifa hakkı tanınmasıyla *(ki böyle bir durumda ortada yine bir bağışlama sözleşmesi bulunacak, bağışlama konusunu ise bu kez malın kendisi ve dolayısıyla üzerindeki mülkiyet hakkı değil, bizzat mal üzerindeki mülkiyet hakkını kayıtlayan intifa hakkı oluşturacaktır)* daha büyük rahatlıkla ulaşılabilir[35]. Zira böyle bir olasılıkta, intifa hakkı kişiyle bağlı (kaim) bir irtifak hakkı oluşturduğundan, bağışlayan ondan önce ölmüş olsa bile, hakkın varlığı ve bu bağlamda yarattığı kayıtlama, bağışlananın ölümüyle kesin olarak sona erecektir[36] (Bkz. Türk Medeni Kanunu[37] ("*TMK*") m.797/f.1). Ayrıca bağışlananın bağışlama konusu üzerinde sadece kullanma ve yararlanma yetkileri olacağından, bu değeri bir başkasına devretmesi (ya da özdeğerine etki edecek diğer tasarruf işlemlerini gerçekleştirmesi) söz konusu olamayacaktır[38].

---

33 TONGSİR, s. 63; SEROZAN, **Borçlar Özel,** s. 300; TANDOĞAN, s. 371; FEYZİOĞLU, s. 367; YILMAZ, s. 69; ÖZMEN/ÜREM, s. 278.

Bkz. bu yönde tespiti için Yarg. 1. HD., T. 06.07.2004, E. 5339, K. 8289: *"Bilindiği üzere; bağışlayan sadece bağışlanan ile yakın ilişki içerisinde bulunup onun mirasçılarına bağışladığı malın geçmesini istemiyorsa B.K.nun 242/l maddesinde düzenlenen dönme (rücu) koşulu ile bağışlamada bulunabilir."* (www.kazanci.com, Son Erişim Tarihi: 20 Mart 2021).

34 MAISSEN, s. 143; SİRMEN, **Şart,** s. 158; KUTLUAY, s. 55. Ayrıca yine bkz. dolaylı olarak bu yöndeki tespiti için Yarg. 2. HD. T. 06.01.1996, E. 12170, K. 131 (www.kazanci.com, Son Erişim Tarihi: 20 Mart 2021).

35 Aynı yönde bkz. KUTLUAY, s. 55.

36 İntifa hakkının bu özelliği ile ilgili olarak bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, **Eşya Hukuku,** s. 837; SİRMEN, **Eşya Hukuku,** s. 587; SEROZAN/ENGİN, s. 120; AYBAY Aydın / HATEMİ Hüseyin, **Eşya Hukuku,** Gözden Geçirilmiş 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 259; AKKANAT, s. 77; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, **Miras Hukuku,** s. 32.

37 Resmî Gazete Sayı: 24607, Tarih: 8 Aralık 2001.

38 Yalnız intifa hakkının konusunu tüketilebilir şeyler veya değeri takdir edilmiş taşınırlar oluşturduğunda TMK m.819 hükmü saklıdır. Buna göre *"Tüketilebilen şeylerin mülkiyeti, aksi kararlaştırılmadıkça, intifa hakkı sahibine geçer; ancak, intifa hakkı sahibi geri verme sırasında bu şeylerin o günkü değerini ödemekle yükümlü olur. / İntifa hakkı sahibi, değeri biçilerek kendisine teslim olunan diğer taşınırlar üzerinde, aksi kararlaştırılmadıkça, serbestçe tasarrufta bulunabilir; ancak, bu yetkisini kullandığı takdirde bu şeylerin biçilen değerlerini geri verme sırasında ödemekle yükümlü olur. Bu ödeme, tarım işletmesi gereçleri, hayvan sürüleri, ticarî mallar veya benzeri şeylerde aynı cins ve nitelikte eşya verilmesi suretiyle yerine getirilebilir."*

Bu arada, genel olarak hiç şüphesiz bağışlayana geri dönme şartının içeriği, *"bağışlananın bağışlayandan önce ölmesinden"* daha farklı olgulara da bağlanabilir[39]. Söz gelişi, bağışlananın ağır şekilde hastalanması veya başkaca olgular da şartın içeriğini oluşturabilir[40]. Ya da ağır hasta olan bağışlayanın iyileşmesi de yine bir bağışlayana geri dönme şartı olarak kararlaştırılabilir[41]. Bu sonuca şarta bağlı bağışlamalara genel olarak olanak tanıyan TBK m.290/f.1'den (ve pek tabii daha genel olarak hukuki işlemlerin şarta bağlanmasına izin veren TBK m.170 vd. hükümlerinden) rahatlıkla varılabilir.

---

[39] EREN, s. 296; SCHÖNENBERGER, **CHK,** Art.247 OR, N. 1; VOGT/VOGT, **BasKom.,** Art.247 OR, N. 2.

[40] Hükmün Fransız Hukukundaki benzerini oluşturan Fransız Medeni Kanunu (*Code civil*, "FrMK") m.951, ilgili şartın kapsamını sadece bağışlananın bağışlayandan önce ölmesi olgusuyla sınırlandırmamış, aynı zamanda bağışlananın yanı sıra onun altsoyunu oluşturan kişi ya da daha önce ölmesi olgusuna da genişletilebileceğine de hükmetmiştir. Yalnız, şartın lehtarı sadece bağışlayan olabilir. Bkz. FrMK m.951: *"Le donateur pourra stipuler le droit de retour des objets donnés soit pour le cas du prédécès du donataire seul, soit pour le cas du prédécès du donataire et de ses descendants. / Ce droit ne pourra être stipulé qu'au profit du donateur seul." [**Hükmün serbest çevirisi:** Bağışlayan, ifa edilmiş bağışlama konusunun bağışlananın veya bağışlanan ve altsoyunun önce ölümü halinde kendisine geri dönmesini bir hak olarak kararlaştırabilir. / Bu hak, yalnızca bağışlayan lehine öngörülebilir.]* İlgili hüküm çerçevesinde üç farklı olasılık öngörülebilir: (1) Ya sadece bağışlananın bağışlayandan önce ölmesi, (2) Ya bağışlananın bağışlayandan önce ölmesi arkasında hiç altsoyunun kalmaması, (3) Ya da hem bağışlanan hem de altsoyunun bağışlayandan önce ölmesi.

Fransız Hukukunda bağışlayana geri dönme şartı ile ilgili tek hüküm FrMK m.951 değildir, hemen bu hükmü izleyen m.952 de aynı şartın etkisiyle ilgilidir. Bkz. FrMK m.952: *"L'effet du droit de retour est de résoudre toutes les aliénations des biens et des droits donnés, et de faire revenir ces biens et droits au donateur, libres de toutes charges et hypothèques, exceptée l'hypothèque légale des époux si les autres biens de l'époux donataire ne suffisent pas à l'accomplissement de ce retour et que la donation lui a été faite par le contrat de mariage dont résultent ces charges et hypothèques." [**Hükmün serbest çevirisi:** Geri dönme hakkı, bağışlama konusuyla ilgili olarak yapılmış olan devrin hükümden düşmesi ve bağışlama konusuyla ilgili olarak devirden sonra yapılmış bütün kayıtlama ve rehin yüklerinden arınmış olarak geri dönmesi sonuçlarını beraberinde getirir. Bağışlamanın bir evlilik sözleşmesiyle yapıldığı durumlarda, bağışlanan konumundaki eşin diğer malvarlığı değerlerinin geri dönme hakkının sonuçlarının sağlanmasında yeterli gelmemesi durumunda söz konusu olacak, diğer eşe ait -işbu evlilik sözleşmesinden kaynaklanan- kanuni rehin hakları ise saklıdır]*.

Bu konuda ayrıca bkz. TERRE François / LEQUETTE Yves / GAUDEMET Sophie, **Droit civil, Les successions - Les libéralités,** 4. Edition, Dalloz, Paris, 2014, s. 469 vd.; ANDREFERRE Sylvie / BERRE Stéphane, **Successions et libéralités 2018-2019**, 4e Edition, Hyperscours Dalloz, Paris, 2018, s. 185-186; BELLOIR-CAUX Brigitte, **Le droit des successions et des libéralités en schémas,** Editions Ellipses, Paris, 2016, s. 147-148; WATGEN Monique / WATGEN Raymond, **Successions et Donations,** Promoculture Larcier, Windhof, 2015, s. 338-339; MALAURIE Philippe / BRENNER Claude, **Droit des successions et des libéralités,** 8e Edition, LGDJ, 2018, s. 273 vd.; PIEDELIEVRE Stéphane, **Successions et libéralités,** Larcier, Bruxelles, 2014, s. 577 vd.; JUBAULT Christian, **Droit civil - Les successions, les libéralités,** 2. Edition, LGDJ, Montechrestien, 2010, 538 vd.; TONGSİR, s. 65.

[41] TANDOĞAN, s. 372; BİLGE, s. 131; TUNÇOMAĞ, s. 408; UYGUR, s. 348.

Diğer taraftan, bağışlama konusunun şartın gerçekleşmesiyle sadece bağışlayana değil, onun öngördüğü başkaca üçüncü kişilere "döneceği"[42] de kararlaştırılabilir[43,44].

Yalnız, eğer bağışlama konusu bir taşınmazsa ve bağışlayana geri dönme şartıyla ilgili olarak tapu siciline TBK m.292/f.2 çerçevesinde şerh kaydı düşülmek isteniyorsa, aynı geniş gönüllülükle hareket edilemeyeceği belirtilmelidir[45]. Yani tapu siciline şerh edilebilecek tek bağışlayana geri dönme şartı, tipik şekilde sadece içeriği bağışlananın bağışlayandan önce ölmesine ve bu olasılıkta bağış konusu malın bağışlayana geri dönmesine ilişkin olandır, zira şerhler de, yarattıkları özel etkiler dikkate alındığında, sınırlı sayı ve tipe bağlılık prensibinin uygulama alanı bulduğu eşya hukukunun konusuna girmektedir. Dolayısıyla kanunda öngörülmeyen tarzda, atipik bir durum için keyfe keder şerh olanağı öngörülemez[46].

Bununla birlikte öğretide bazı yazarlar, bağışlayanın hayatı (sağlığı) boyunca bağışlama konusu üzerinde herhangi bir tasarruf işlemi yapılmamasına ilişkin şartların[47] da bağışlananın önce ölmesi halinde bağışlama konusunun bağışlayana geri dönme şartına dahil olan kayıtlar olarak kabul etmek-

---

42 Burada "döneceği" ifadesine vurgu yapılmasının sebebi şudur: Böyle bir durumda, bir başka kişiye, bağışlananla bu suretle yapılmış olan üçüncü kişi lehine sözleşmeyle, bağışlama konusuna ilişkin şarta bağlı bir hak kazandırılmak istenmiş olacaktır. Bu hak, aşağıda **(II)** altında yapılacak tartışmada alınacak tavra göre, bir alacak hakkı veya bunun da ötesinde bir ayni hak olabilir. Görüldüğü üzere, burada bağışlama konusu söz konusu üçüncü kişiye dönmemektedir, zira o bağışlayandan farklı olarak başlangıçta hak sahibi değildir; üçüncü kişi hakkı sonradan ve ilk defa kazanacaktır.

43 TANDOĞAN, s. 372; TONGSİR, s. 65; BUCHER, s. 158. Aksi yönde bkz. UYGUR, s. 348.

44 Farklı yönde bkz. OLGAÇ, s. 234.

45 TANDOĞAN, s. 372; OLGAÇ, s. 234; TONGSİR, s. 66; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 188; EREN, s. 296; KUTLUAY, s. 54.

46 Ayrıca bkz. ve karş. BADDELEY, **ComRom.,** Art.247 CO, N. 9; SCHÖNENBERGER, **CHK,** Art.247 OR, N. 1; VOGT/VOGT, **BasKom.,** Art.247 OR, N. 2; ENGEL, s. 122; MAISSEN, s. 145; BUCHER, s. 158; BECKER (DURA), **BerKom.,** Art.247 OR, N.1; CAVIN, s. 185; TERCIER/FAVRE, s. 279; SEROZAN, **Borçlar Özel,** s. 300, 304; ARAL/AYRANCI, s. 201. Dolaylı olarak bu yönde bkz. ROMELLI, **OFK,** Art.247 OR, N. 3; VON TUHR (EDEGE), s. 745 dn. 57.

47 Ayrıca bkz. ve karş. SİRMEN, **Şart,** s. 158. Yazar, ilk yazar grubunun belirttikleri türden bir şartın bağışlananın ekonomik özgürlüğünü aşırı ölçüde sınırlanması anlamına gelebileceği, bu nedenle de geçerliliğinin şüpheli olduğu düşüncesindedir.

Aslına bakılacak olursa, ilgili türden şartların TMK m.23'e (bağışlananın kişilik hakları, özellikle ekonomik özgürlük bakımından) aykırı bir kısıtlama getirdiği de söylenemez. Zamansal ve belirli malla ilgili bir taahhüt olmasından hareketle böyle bir aykırılık mevzu bahis değildir. Nitekim bkz. bu yönde TONGSİR, s. 69.

tedirler[48]. Yine diğer bazı yazarlar da, ağır hasta olan bağışlayanın iyileşmesine bağlı olarak bağışlama konusunun bağışlayana geri dönmesi şartının yine bağışlananın bağışlayandan önce ölmesi halinde bağışlama konusunun bağışlayana geri dönme şartıyla tam bir benzerlik gösterdiğini iddia etmekte ve böyle hallerde de şerh kaydının düşülebilmesine olumlu yaklaşmaktadırlar[49]. İlgili yazarlar bu çerçevede ilgili şarta ilişkin olarak da tapu siciline şerh kaydı düşülebilmesinin yolunun açılabileceğini de iletmektedirler[50]. Biz, her iki grup yazarın da görüşlerine tam olarak katılamıyoruz[51]. Hiç şüphesiz söz konusu şartlar arasında (ve yine başkaca düşünülebilecek şartlarla da) iddia edilen türden bir benzerlik kurulabilir[52]. İşbu benzerliğin temel odağını, bağışlayanın bağışlama konusunun kendi sağlığında tanımadığı kişilerin eline geçmemesi düşüncesi oluşturmaktadır. Bununla birlikte fikrimizce kanunda istisnai olarak sevk edilmiş bir hükmün çerçevesi bu denli geniş bir yoruma tabi tutularak "çatlatılmamalıdır". Ne de olsa, istisna hükümleri kural olarak dar yorumlanır[53] *(singularia non sunt extendenda).* Aksi türlüsü, belirsizliği ve hukuki güvensizliği beraberinde getirebilir.

Diğer taraftan ifade edilmelidir ki, olağan bir kurgu dahilinde bağışlayan bu tarz bir bağışlamadaki konumunu sağlığında bir başkasına devredemez. Yine bağışlayanın ölümü halinde geriye dönüşün mirasçılarına olacağı da söylenemez[54]. Bunun sebebi, bağışlayana geri dönüş şartlı bağışlamada, geri dönüş olgusunun -ve buna bağlı hakkın- bağışlayanın şahsına sıkı suretle bağlı bir hak oluşturmasıdır[55]. Pek tabii, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde,

---

48 Bkz. bu yönde FEYZİOĞLU, s. 368.

49 Bkz. bu yönde BİLGE, s. 132; UYGUR, s. 348.

50 FEYZİOĞLU, s. 369.

51 Benzer yönde bkz. KUTLUAY, s. 56; DEMİRAL, s. 77.

Bununla birlikte hukuki teknik açıdan ilk yazar grubunun kurmaya çalıştığı "düşünsel köprünün" daha sağlam olduğu da belirtilmelidir. Zira bu yazarlar, söz konusu olgu ancak TBK m.292 içine sokulabilirse şerh imkânının söz konusu olabileceğini iletmektedirler. Yine de böyle bir iddianın kabulü bizce tereddütlere mahal verebilir, bu anlamda da zordur.

52 Aksi yönde bkz. UYGUR, s. 348.

53 Hiç şüphesiz bazı durumlarda menfaat dengesi farklı türlüsünü gerektirebilir, dolayısıyla istisnanın çerçevesi yorumla genişletilebilir (Bkz. SEROZAN, **Medeni Hukuk,** 181). Ancak burada böyle bir yola başvurulması, ilgili uygulamanın meydan verebileceği belirsizlik çeperi bakımından sakıncalı görülmelidir.

54 Ancak şart bir kez gerçekleşip, sonuçları vaki olmuşsa, yani bağış konusunun bağışlayana geri dönüşü olgusu meydana gelmişse, pek tabii artık bağışlayan ölse de mirasçıları bunu bağışlananın mirasçılarına karşı ileri sürebileceklerdir, bağlı metinde kastedilen şart gerçekleşmeden önceki kurgulardır.

55 ROMELLI, **OFK,** Art.247 OR, N. 8; SCHÖNENBERGER, **CHK,** Art.247 OR, N. 3; EREN, s. 297.

taraflar arasında başlangıçtan farklı bir kararlaştırma yapılabilir ve anılan her iki kurgu da mümkün hale getirilebilir, ancak yine dikkat edilsin bu durumda ilgili bağışlama dahilinde şerh düşülmesi mümkün olmaz; yine şerh için aranan, TBK m.292'nin çizdiği "tipik" geri dönüş şartlı bağışlama formatından çıkılmıştır ne de olsa.

Bağışlayana geri dönme şartının hangi şekilde geçerli olarak kararlaştırılabileceği de önemli ve cevabı bağışlama türüne göre ve kanaatimizce yine aşağıda açıklanacak yaklaşımlardan kabul edilecek olanına göre içeriği değişebilecek bir husustur. Öyle ki şart, bağlı bulunduğu hukuki işlemin bir yan kaydı olarak onun şekline tabi olacaktır[56].

- Bu bağlamda öncelikle, **şartın borçlandırıcı işleme bağlı olduğu** bir kurguda konuyu ele alalım:
  - Sözü edilen türden bir kurguda ***taşınırlara (ve diğer haklara) ilişkin bağışlamalar*** duruma göre bağışlama sözleşmesi veya elden bağışlama işlemi yapılmak suretiyle gerçekleştirilebilir.
    - Eğer bağışlayana geri dönme şartı, bir *bağışlama sözleşmesi içinde* öngörülmüşse, bu durumda adi yazılı şekilde kararlaştırılmış olmalıdır[57]. Aksi takdirde yalnızca şart değil, şartın bağlı olduğu bağışlama sözleşmesi de -ağırlıklı görüşe- göre kesin hükümsüz olacaktır[58]. Yalnız TBK m.288/f.3'te şekle aykırı olarak yapılan bir bağışlama sözleşmesinin ifa edilmesiyle birlikte, yine ağırlıklı görüşe göre, düzeleceğinin (sağalacağının) öngörüldüğü de unutulmamalıdır *(Konvalesans)*. Dolayısıyla, bağışlayana geri dönme şartının öngörüldüğü bağışlama bir kez ifa edilecek olursa, geçerli olarak sonuç doğuracak, üstüne "yapıştırılan" kesin hükümsüzlük damgası gerisin geri "sökülecektir"[59].

---

[56] BADDELEY, **ComRom.,** Art.247 CO, N. 3; TANDOĞAN, s. 366.

[57] BADDELEY, **ComRom.,** Art.245 CO, N. 9; Art 247 CO, N. 3; ENGEL, s. 122; CAVIN, s. 185; DEMİRAL, s. 64; YILMAZ, s. 69.

[58] Şekle aykırılığın yaptırımı bağlamındaki tartışmalar ve ileri sürülen diğer görüşler için bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI), **Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme,** I. Cilt, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4. Bası, İstanbul, 2008, s. 307 vd.

[59] TANDOĞAN, s. 359; GÜMÜŞ, **Borçlar Özel,** s. 210; BİLGE, s. 128; OLGAÇ, s. 226-227; TUNÇOMAĞ, s. 391-392; FEYZİOĞLU, s. 355-356; SEROZAN, **Medeni Hukuk,** s. 387; KARAHASAN, s. 432; DEMİRAL, s. 65-66; KOLLER, s. 153.

Ayrıca bkz. ve karş. TERCIER/FAVRE, s. 269; CAVIN, s. 181.

- Diğer taraftan bağışlayana geri dönme şartının *elden bağışlama hukuki işlemi dahilinde* de öngörülmesi mümkündür[60]. Böyle bir olasılıkta şart, işlemin kendisi de (yani kabul ettiğimiz görüş kapsamında yapısında yer alan ne borçlandırıcı işlem ne de tasarruf işlemi) herhangi bir şekil şartına bağlı bulunmadığından, diğer genel geçerlilik şartlarının yanında başka herhangi bir şart aranmaksızın geçerli olacaktır[61].

▪ Aynı kurguda ***bağışlama bir taşınmaza ilişkinse***, bağışlama şartı bakımından yapılacak açıklamalar da değişiklik gösterir. Şöyle ki, taşınmazlara ilişkin elden bağışlama söz konusu olmaz, bu alanda sadece bağışlama sözleşmesi yapılabilir. Bu sözleşmenin de geçerliliği, TMK m.706 ve Tapu Kanunu[62] m.26 uyarınca tapu sicilinde, tapu sicil memuru önünde resmî şekilde yapılmış olmasına bağlıdır[63]. Dolayısıyla ilgili olasılıkta bağışlayana geri dönme şartının da bir yan kayıt olarak aynı şekilde yapılması bir gereklilik olarak karşımıza çıkacaktır[64,65].

---

60 Bkz. BADDELEY, **ComRom.,** Art.245 CO, N. 8; Art.247 CO, N.3; ROMELLI, **OFK,** Art.247 OR, N. 4; ENGEL, s. 122; CAVIN, s. 185; TANDOĞAN, s. 372; OLGAÇ, s. 234; TUNÇOMAĞ, s. 409; FEYZİOĞLU, s. 367; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 187; ÖĞÜZ, s. 389; EREN, s. 296; UYGUR, s. 348; YILMAZ, s. 69.

Yine bkz. bu yönde Yarg. 1. HD. T. 28.12.1988, E. 9690, K. 13087: *"BK. nun 242. Maddesi ölüme bağlı bağışlamanın özel bir türünü oluşturmaktadır. Burada bozucu "infisahi" koşula bağlı elden bağışlama söz konusudur."* (Kararın tam metni için bkz. UYGUR, s. 350).

Farklı yönde bkz. GÜMÜŞ, **Borçlar Özel,** s. 211.

61 BADDELEY, **ComRom.,** Art.245 CO, N. 8; Art.247 CO, N.3; ROMELLI, **OFK,** Art.247 OR, N. 4; SCHÖNENBERGER, **CHK,** Art.247 OR, N. 1; VOGT/VOGT, **BasKom.,** Art.247 OR, N. 2; ENGEL, s. 122; CAVIN, s. 185; ARAL/AYRANCI, s. 201; TANDOĞAN, s. 372; OLGAÇ, s. 234; TUNÇOMAĞ, s. 409; FEYZİOĞLU, s. 367; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 187; UYGUR, s. 348; YILMAZ, s. 69.

62 Resmî Gazete Sayı: 2892, Tarih: 29.12.1934.

63 Genel olarak bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, **Eşya Hukuku,** s. 359, 361.

64 BADDELEY, **ComRom.,** Art.245 CO, N. 10; ROMELLI, **OFK,** Art.247 OR, N. 4; SCHÖNENBERGER, **CHK,** Art.247 OR, N. 1; VOGT/VOGT, **BasKom.,** Art.247 OR, N. 2; ENGEL, s. 122; CAVIN, s. 185; ARAL/AYRANCI, s. 201; VARDAR HAMAMCIOĞLU, **Bağışlama,** s. 171; OLGAÇ, s. 234; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 187; UYGUR, s. 348; YILMAZ, s. 69.

65 Yargıtay, verdiği bir kararında şartın resmî şekilde yer alması söz konusu olmasa da, yazılı belge ile ispatının mümkün olabileceğini kabul etmiştir. Bkz. Yarg. 1. HD., T. 09.03.1989, E. 348, K. 2529: *"Yukarıdaki bölümde değinildiği gibi, gerçekten de, akit tablosunda bağışın "kayıtsız, şartsız, bedelsiz" yapıldığı yazılıdır. Ne var ki, taraflar Noterlikte düzenledikleri 9.5.1980 tarihli taahhütnamede, yapılacak okula (M.) isminin verilmesi konusunda iradelerini kesin ve açık bir biçimde birleştirmişler ve dava konusu arsanın imar parse-*

- Buna karşılık konu, **şartın tasarruf işlemine bağlandığının**[66] kabul edildiği bir kurguda ele alınacak olursa:
  - ***Taşınırlar bakımından*** gerek bağışlama sözleşmesini takiben yapılacak, ayni sözleşme ve bağışlama konusunun zilyetliğinin devri tasarruf işleminde; gerekse de -kabul ettiğimiz görüş dahilinde- birbirini izleyen borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi karmasından oluşan elden bağışlamada herhangi bir şekil zorunluluğundan söz açılamayacaktır.
  - ***Haklar bakımından ise***, ayrı ayrı bakılmalıdır. Hukukumuzda alacak hakları dışında diğer haklar üzerinde yapılacak tasarruf işlemleriyle ilgili genel bir düzenleme mevcut değildir. Her bir münferit bağımsız[67] hak, eğer varsa, tabi olduğu özel hükümler çerçevesinde devredilir. Söz gelişi marka üzerindeki hakkın devri için, Sınai Mülkiyet Kanunu[68] m.148/f.4 uyarınca yazılı şekilde yapılan sözleşmenin noter onayından[69] (imza tasdiki, ayrıca bkz. Noterlik Kanunu[70] m.90) geçi-

---

lasyonunda "okul yeri olarak ayrıldığını ve sahipleri tarafından bedelsiz hibe edildiğini" belirtmek suretiyle akit tablosuna yollamada (atıfta) bulunmuşlar, bağışın neden yapıldığını açıklamışlar ve bağış sözleşmesine kendi rıza ve iradeleriyle, resmi memur huzurunda "koşul" getirmişlerdir. / Şimdi davalı vakfın bu açık rıza, muvafakat, taahhüt ve iradesinden dönerek (akit tablosunda koşul yazılı değildir. Bağış koşulsuz yapılmıştır) savunmasında bulunması yine iyiniyet kuralı ile bağdaşmaz. Kaldı ki, davalı vakıf, taahhütnameye karşı iradeyi bozan bir neden de ileri sürmüş değildir. / Gerçekten de: / Bağış koşulunun akit tablosuna yazılması gerekir. Ama, asıl olan, tarafların gerçek iradeleridir. Taraflar akit tablosuna yollamada bulundukları takdirde, birleşen ek iradelerinin sonuç doğurmayacağı, geçersiz sayılacağı ileri sürülemez. Buna yasal bir engel gösterilemez. Nitekim Dairenin ve H.G.K.nun kararlılık kazanmış yargısal uygulamaları da bu gerekçe doğrultusundadır. (HGK. 18.2.1987 gün; 1986/1-200 Esas, 1987/109 Karar sayılı kararı). / Bağış, koşullu yapılmıştır. Şekil noksanlığından davalının yararlanmasına olanak yoktur (MK md.2)." (www.legalbank.net, Son Erişim Tarihi: 30 Mart 2021). Kararın eleştirisi için ayrıca bkz. VARDAR HAMAMCIOĞLU, **Bağışlama,** s. 171.

66 Şart, aynı anda hem borçlandırıcı işlem hem de tasarruf işlemi için öngörülmüşse, şartın tam anlamıyla geçerliliği, bu işlemlerden daha ağır geçerlilik şekli düzenlemesinin öngörüldüğü işlemin şekline uygun olarak tasarlanmasına bağlı bulunmaktadır. Aksi takdirde işlemlerin tamamı hükümsüz olur (TBK m.27). Bu konuda ayrıca bkz. SİRMEN, **Şart,** s. 45-46.

67 Feri haklar, kural olarak bağlı oldukları asıl hakkı takip ederler, bunların tek başlarına devir kabiliyetleri bulunmaz (Bu konuda bkz. OĞUZMAN/ÖZ, **C. II,** s. 566 ve orada özellikle dn. 8).

68 Resmî Gazete Sayı: 29944, Tarih: 10 Ocak 2017.

69 Hatırlanacağı üzere, bu olasılıkta senet metni "resmiyet"ten yararlanamaz, "resmiyet" sadece imzalar ve noterin atacağı tarih bakımından gerçekleşecektir (Bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, **Borçlar Hukuku,** s. 302). Ama ispat hukuku açısından ortada yine *"resmî bir senet"* olduğu da gözden kaçırılmamalıdır (Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, **C. I,** s. 158 dn. 412).

70 Resmî Gazete Sayı: 14090, Tarih: 5 Şubat 1972.

rilmesi gerekir. Genel olarak alacak hakları üzerinde yapılacak tasarruf işlemlerinin (alacak devirleri) ise, adi yazılı şekilde yapılması gereği açıktır (bkz. TBK m.184). Bu anlamda eğer bir alacak hakkı bağışı söz konusu ise, şartın bağlandığı alacak devri tasarruf işleminin kendisi adi yazılı şekle tabi olduğundan bağışlayana geri dönme şartının da bu şekle uygun olarak yapılması gerekecektir. Aksi takdirde sadece şart değil, işlemin tamamı hükümsüz hale gelecektir.

- ***Taşınmazlar bakımından*** yapılacak tasarruf işlemi malikin tescil talebi ve ona eşlik edecek olan resmî fiil yani tescildir. TMK m.1013 bu tescil talebinin tapu sicil memuruna hitap eder şekilde, adi yazılı şekilde yapılmasını öngörmektedir[71]. Bu arada Tapu Sicil Tüzüğü[72] m.22 uyarınca da, sözü edilen yazılı tescil talebi, resmî şekilde yapılacak taşınmazın mülkiyetinin devrine ilişkin borçlandırıcı işlem dahilinde de belirtilecek, düzenlenen resmî senede de yazılacaktır[73]. Dolayısıyla, bağışlayana geri dönme şartının da aynı şekle tabi olması geçerliliği bakımından bir gereklilik ve hatta bir zorunluluktur[74].

Şartın geçerliliği hususundan ayrı olarak, ispat edilebilmesinin kolaylığı açısından, bu tarzda bir şekle tabi olmanın aranmadığı bir kurguda bile en azından adi yazılı şekilde yapılması elzemdir. Aksi takdirde, belirli bir maddi değeri aşan hukuki işlemlerde kesin delil getirilmesi ilkesinin (senetle ispat ilkesi/zorunluluğu)[75] kabul edildiği ispat hukuku sistemimiz dahilinde bağışlayanın zorluklarla karşılaşması çoklukla olasıdır.

---

71 OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, **Eşya Hukuku,** s. 198, 202; NOMER/ERGÜNE, s. 135; ANTALYA Gökhan, **Eşya Hukuku, C. IV/1, Giriş, Temel Kavram ve İlkeler,** 3. Baskı, Seçkin, İstanbul, 2019, s. 656.

72 Resmî Gazete Sayı: 28378, Tarih: 17 Ağustos 2013.

73 OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, **Eşya Hukuku,** s. 202; NOMER/ERGÜNE, s. 135.

74 TANDOĞAN, s. 372.

75 Bu konuda ayrıca bkz. PEKCANITEZ Hakan / ATALAY Oğuz / ÖZEKES Muhammet, **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, Gözden Geçirilmiş 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 375 vd.

II. BAĞIŞLAYANA GERİ DÖNME (DÖNÜŞ) ŞARTININ BAĞIŞLAMA YOLUYLA KAZANDIRMADA HANGİ HUKUKİ İŞLEM İÇİN ÖNGÖRÜLDÜĞÜNE DAİR FARKLI YAKLAŞIMLAR

1. Genel Olarak

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, TBK m.292'de düzenlemesi olan bağışlayana geri dönme şartının, bağışlama yoluyla gerçekleşen kazandırma süresinde, etkisi itibariyle sadece borçlandırıcı işlem için mi öngörüldüğü yoksa şartın etkisinin hem borçlandırıcı işlemi hem tasarruf işlemini mi kapsadığı (ya da sadece tasarruf işlemi bakımından mı öngörüldüğü) tartışmalıdır. Tartışmanın önemi, kendisini özellikle bağışlama konusunun iadesinde ileri sürülecek talep temelinin ne olacağının belirlenmesinde, şartın gerçekleşmesine kadar geçen sürede bağışlanan tarafından yapılan işlemlerin ve tasarrufların akıbetinde ve son olarak konu taşınmazlar (bunlar üzerindeki mülkiyet veya diğer sınırlı ayni haklar[76]) olduğunda tapu siciline düşülecek şerhin hukuki niteliğinin tespitinde fevkalade önem taşımaktadır. Aşağıda bu hususlar, her bir yaklaşım altında ayrı ayrı olacak şekilde ayrıntılarıyla ele alınacaktır.

2. *"Bozucu şart, sadece borçlandırıcı işlem (bağışlama sözleşmesi veya elden bağışlamanın borçlandırıcı işlem kısmı) için öngörülmüştür,"* Yaklaşımı

Bu ilk yaklaşım kabul edildiğinde, bozucu şartın gerçekleşmesiyle birlikte, aksi yönde bir kararlaştırma yoksa, borçlandırıcı işlem ileriye etkili olarak sona erecektir[77]. Borçlandırıcı işlem ileriye etkili olarak sona erdiğinden de zamanında yapılmış tasarruf işlemi, sebebe bağlı olsa bile yapıldığı anda geçerli sebebi olduğu ve fakat sebep sonradan ortadan kalktığı için geçersiz hale gelmez, şartın gerçekleşmesinden hiçbir suretle (ne doğrudan ne de dolaylı olarak) etkilenmez[78]. Eğer taraflar arasında yapılan bir anlaşmayla bozucu şartın geçmişe etkili olarak sonuç doğuracağı kabul edilmiş olsaydı -ki kimi yazarlar bağışlama sözleşmesinin de içine gireceği ani edimli borç ilişkilerinde bunun kendiliğinden kabul edildiğini ileri sürerler[79]-

---

[76] HUGUENIN, s. 774; SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, s. 139.

[77] SİRMEN, **Şart,** s. 179; GÜMÜŞ, **Borçlar Özel,** s. 215; DEMİRAL, s. 116; YILMAZ, s. 71; BUCHER, s. 157.

[78] GÜMÜŞ, **Borçlar Özel,** s. 215.

[79] Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, **C. II,** s. 533. Ayrıca bkz. yine bu yönde AKKANAT, s. 150; SİRMEN, **Şart,** s. 180, 181; VOGT/VOGT, **BasKom.,** Art.247 OR, N. 3.

sonuçlar yine de değişiklik göstermezdi: Yani, bu olasılıkta bile sebebe bağlı tasarruf işlemleri sebepleri baştan itibaren ortadan kalkacağı, bunların şartın gerçekleşmesiyle birlikte dolaylı olarak etkileneceği ve baştan itibaren geçersiz hale geleceği söylenemezdi. Zira şartın gerçekleşmesi gerçek anlamda sadece ileriye yönelik sonuçlar meydana getirir, şartın geriye etkili olmasına ilişkin anlaşma ise salt *"borçlandırıcı"* niteliktedir, öyle ki bu anlaşma şartın gerçekleşmesi dahilinde doğacak sonuçların sağlanmasına ilişkin bir alacak hakkı doğurmaktan öteye geçmez[80]. Yani taraflar birbirlerine karşı, şarta bağlı işlem baştan sonuç doğurmasaydı nasıl hareket etmeleri, ne yapmaları gerekecek idiyse, yine bunları yerine getirmekle yükümlü olacaklardır[81]. Bu arada iade borçlusu konumunda olan kişiler, bağışlanan öldükten sonra hukuk sahnesinde onun yerine geçen külli halefleri, yani mirasçılarıdır[82]. Eğer bağışlananın mirasçıları, şartın gerçekleşmesi üzerine söz konusu olacak sebepsiz zenginleşmeden doğan[83] -nispi nitelikteki- iade borcunu yerine getirmezlerse, onlara karşı borcun ifası için dava açılmak gerekecektir[84]. Bu dava, taşınırlar, haklar veya diğer malvarlığı unsurları söz konusu olduğunda, ifaya yönelik bir eda davası olacaktır. Davanın kazanılması halinde, hüküm sonucu davalı tarafından isteğiyle yerine getirilmiyorsa, cebri icra yoluyla zorla yerine getirilecektir. Buna karşılık, eğer bağışlama konusu bir taşınmazsa açılacak dava, yenilik doğurucu mahiyetteki tescile zorlama da-

---

80 SİRMEN, **Şart,** s. 182, 183.

81 Bozucu şartın geçmişe etkisiyle ilgili olarak bkz. SİRMEN, **Şart,** s. 182.

Yine geciktirici şartın geçmişe etkisiyle ilgili olarak benzer yönde ayrıca bkz. SİRMEN, **Şart,** s. 176.

82 Pek tabii, şayet bağışlananın mirasçılarının (sadece en yakınlarının reddetmesi de kendi başına aynı sonuçların doğmasına yeterlidir) tamamı mirası reddetmişlerse, bu tez tereke TMK m.612/f.1'e göre iflas hükümlerine göre tasfiye edilecektir. Bunun akabinde ise, TMK m.612/f.2 uyarınca, miras bırakanın borçlularının borçları karşılandıktan sonra geriye kalan artık değer, sanki mirası hiç reddetmemişlermişçesine, mirası birlikte reddetmiş olan mirasçılara kalacaktır (Bkz. DURAL/ÖZ, s. 420; SEROZAN/ENGİN, s. 534; İMRE/ERMAN, s. 369 vd.).

83 Bu konuda doğrudan sona eren sözleşme ilişkisine dayalı bir talebin de ileri sürülebileceği düşüncesi de ayrıca -tartışmalı olmakla birlikte- mevcuttur. Bu konuda ayrıca bkz. OĞUZMAN/ÖZ, **C. II**, s. 533; SİRMEN, **Şart,** s. 182; PULAŞLI Hasan, **Şarta Bağlı İşlemler ve Hukuki Sonuçları,** Dayınlarlı Yayınları, Ankara, 1989, s. 184.

84 Bkz. bu yönde MAISSEN, s. 143; GÜMÜŞ, **Borçlar Özel,** s. 215; YILMAZ, s. 75; VARDAR HAMAMCIOĞLU, **Bağışlama,** s. 170, 223; VARDAR HAMAMCOĞLU Gülşah, **Medeni Hukukta Tasarruf İşlemi Kavramı,** Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2014, s. 194-195; NOMER/ERGÜNE, s. 158; AYBAY/HATEMİ, s. 184; ÖZMEN Etem Sabâ / ŞENGÜL Mehmet, **Kentsel Dönüşümde Kat Mülkiyeti Uygulamaları ile Sınırlı Ayni Haklar ve Şerhler,** Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2018, s. 344; ÖZMEN/ÜREM, s. 278.

vası olacaktır[85] (TMK m.716). Tescile zorlama davasının neticesinde ise, taşınmaz verilecek hükümle birlikte tescilsiz olarak kazanılacak, yani davacı konumundaki bağışlayan doğrudan başka herhangi bir şeyin yapılmasına gerek kalmadan hak sahibi (malik) haline gelecektir. Bundan sonra tapu sicilinde yaptırılacak tescil ise, salt açıklayıcı mahiyettedir (bkz. TMK m.705/f.2); açıklayıcı tescil sayesinde hak sahibi davacı, hakkı üzerinde tasarruflarda bulunabilecektir[86]. Pek tabii, bu davaların açılabilmesi için bağışlama konusu değerin halen daha terekede bulunması yani bir başkasına devredilmemiş olması gerekir. Aksi takdirde, böyle bir durumda, aşağıda etkileri açıklanacak kişisel hakkın şerhinin yokluğunda bağışlananın mirasçılarına açılabilecek dava, yalnızca ve yalnızca borçlunun sorumlu olduğu sonraki imkânsızlık nedeniyle söz konusu olacak tazminat davasıdır[87] (bkz. TBK m.112). Pek tabii eğer bağışlama konusunu devralan kişi, bu işlemleri salt bağışlayana zarar vermek amacıyla, ahlaka aykırı şekilde ve kasten yapmışsa, onun da TBK m.49/f.2 anlamında haksız fiil sorumluluğu doğabilir; o zaman da TBK m.51/f.1'nin öngördüğü aynen tazmin imkânının da desteğiyle, bağışlayanın üçüncü kişiden taşınmazı geri alabilmesi olasılığı olabilecektir[88]. Bu arada eğer devir işleminin tarafları (mirasçılar ve üçüncü kişi) birlikte böyle bir ahlaka aykırı amaç takip etmişlerse, bu kez daha farklı sonuçlara ulaşılır: TBK m.27 gereği yapılan işlemler ahlaka aykırılıktan ötürü kesin hükümsüzdür, bağışlama konusu mal da hiç terekeden çıkmamıştır[89]. İlgili kurguda da bağışlayan, doğrudan doğruya mirasçılardan bir iade talebinde bulunabilir.

Diğer taraftan yukarıda da ifade edildiği üzere, taşınmazlar alanında, bağışlayana geri dönme şartının şerh edilebileceği belirtilmektedir. İlk yaklaşım

---

85 VARDAR HAMAMCIOĞLU, **Bağışlama,** s. 170, 223; ÖZMEN/ŞENGÜL, s. 344; ÖZMEN/ÜREM, s. 280.

86 Bkz. ANTALYA, s. 653; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, **Eşya Hukuku,** s. 405.

Bu arada TMK m.705/f.2, tapu sicil memurlarına direktif verme amacı taşıyan bir düzen normudur, geçerlilikle ilgili hüküm getirmez. Dolayısıyla mülkiyeti mahkeme hükmü ile kazanmış olan malik, bir şekilde taşınmaz üzerinde tasarruf etmişse, yapılan işlem geçerli olacaktır. Bu şekilde, kanun hükmüne aykırı olarak işlem yapılmasının olumsuz sonuçlarına ise işlemi yapan tapu sicil memuru katlanacaktır (Bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, **Eşya Hukuku,** s. 405; HATEMİ Hüseyin / SEROZAN Rona / ARPACI Abdülkadir, **Eşya Hukuku,** Filiz Kitabevi, İstanbul, 1991, s. 485).

87 TBK m.49/f.2 hükmünün uygulamasıyla ilgili olarak özellikle bkz. KAPANCI Kadir Berk, **Ahlaka Aykırı Bir Fiille Kasten Verilen Zararın Tazmini (TBK 49 II)**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, s. 7 vd.

88 Bu konuda bkz. KAPANCI, **Ahlaka Aykırılık,** s. 45.

89 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, **Borçlar Hukuku,** s. 637 dn. 10; KAPANCI, **Ahlaka Aykırılık,** s. 119, 153 dn. 689.

çerçevesinde bu şerhin kurucu bir etkisinin olacağı ve hukuki nitelik olarak bir kişisel hakkın şerhi olduğu sonucuna varılacaktır[90,91] (bkz. TMK m.1009).

---

[90] Bu görüşte bkz. MAISSEN, s. 145; EITEL Paul, "Die Vormerkung nach Art.247 Abs.2 OR - konstitutiv oder deklaratorisch?", **Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (ZGBR),** 73, 1992, Hrsg. Jürg SCHMID, Michel MOOSER, Peter VOSER, Romand SANDMAYR, s. 137-149, s. 149; SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, s. 139; BECKER (DURA), **BerKom.,** Art.247 OR, N. 2; VOGT/VOGT, **BasKom.,** Art.247 OR, N. 2; HUGUENIN, s. 774; GÜMÜŞ, **Borçlar Özel,** s. 216; GÜMÜŞ Alper, **Türk Medeni Kanunu'nun Getirdiği Yeni Şerhler,** Birinci Basıdan İkinci Tıpkı Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, s. 97; VARDAR HAMAMCIOĞLU, **Bağışlama,** s. 223; VARDAR HAMAMCIOĞLU, **Tasarruf İşlemi,** s. 194-195; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, **Eşya Hukuku,** s. 214; OĞUZMAN/ÖZ, **C.II,** s. 534; NOMER/ERGÜNE, s. 158; TEKİNAY Selâhattin Sulhi / AKMAN Sermet / BURCUOĞLU Halûk / ALTOP Atillâ, **Tekinay Eşya Hukuku, C.I, Zilyetlik - Tapu Sicili - Mülkiyet,** Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1989, s. 379, 380; ADAY Nejat, "Kişisel Hakların Şerhi", **İBD**, Cilt 66, Sayı 7-8-9, Yıl 1992, s. 609-645, s. 611, 614 vd.; ANTALYA, s. 669; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 559; AYBAY/HATEMİ, s. 104-105; ÖZMEN/ŞENGÜL, s. 344; ÖZMEN/ÜREM, s. 286. Ayrıca bkz. ve karş. SEROZAN Rona, **Eşya Hukuku I**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2015, s. 86-87.

Pek tabii söz konusu şerhin düşülebilmesi için öncelikle tapu sicili memuru önünde yapılacak bağışlama sözleşmesinin (resmî) şekline tabi olacak bir şerh yan anlaşmasının yapılmış olmasının, akabinde de (tasarruf yetkisini haiz) taşınmaz malikinin bu şerhin düşülmesi için ilgili şerh talebinde bulunması gerekeceği izahtan varestedir. Bu gereklilikler sağlandığında, tapu sicil memuru şerh kaydını düşecek ve şerh etkilerini göstermeye başlayacaktır. Bu konuda ayrıca bkz. MAISSEN, s. 145; GÜMÜŞ, **Şerhler,** s. 5-6; ADAY, s. 619 vd., 626 vd. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, **Eşya Hukuku,** s. 215; SİRMEN, **Eşya Hukuku,** s. 231-232; NOMER/ERGÜNE, s. 152; KAPANCI Kadir Berk, "Taşınmazlar Üzerindeki Ayni Hakların Anonim Ortaklıklara Ayni Sermaye Olarak Getirilmesinde Türk Ticaret Kanunu'nun 128. Maddesinin İkinci Fıkrası Uyarınca Tapu Siciline Düşülmesi Öngörülen Şerh Kaydı Üzerine Düşünceler", **Tüzel Kişilik Penceresinden Anonim, Ortaklık Sempozyumu - MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi 20-22 Temmuz 2020,** Eds. Havva KARAGÖZ, Beril ÖZCANLI, Seda PALANDUZ, Oniki Levha Yayınları, 2021, s. 55-84, s. 57-58.

[91] Tapu Sicil Tüzüğü'nün "*Kişisel Hakların Şerhi İçin Aranacak Belgeler*" başlıklı 47. Maddesinde de şu yönde bir hüküm bulunmaktadır: *"(1) Kişisel hakların, şerhler sütununa kaydı için; (...) b) (...) bağış sözleşmesinden ayrı olarak düzenlenen bağışlayana dönme hakkı, (...) aranır"* Buradan anlaşılan Tüzük'teki bu hükmün, bu konudaki şerhi bir kişisel hak şerhi olarak gördüğüdür. İlgili verinin, bizi doğrudan şarta bağlanan işlemin borçlandırıcı işlem olduğu sonucuna (bu başlık (**II, 2**) altında aktarmakta olduğumuz) götürebileceği söylenebilir.

Ancak biz, bu konuda sadece mevzuat hükümlerinin "dar sahasında" kalmaksızın, amaca dayalı bir yorum yapılmasının daha yerinde olacağı kanısındayız. Kaldı ki, aşağıda (**III**) altında da açıklayacağımız üzere, bu durum zaten mevcut olasılıklardan sadece biri olarak da görülebilecektir. Yani tarafların arzusuna göre kâh borçlandırıcı işlem, kâh tasarruf işlemi (ya da ikisi birlikte) şarta bağlanabilir. Hangi işlemin şarta bağlandığına göre de şerhin hukuki mahiyeti değişkenlik gösterecektir. Eğer şarta bağlanan borçlandırıcı işlem ise, düşülecek şerh de hukuki nitelik olarak kişisel hak şerhi niteliği göstereceğinden Tapu Sicil Tüzüğü m.47 uygulama alanı bulabilecek, yok eğer tasarruf işlemi şarta bağlandıysa, bu kez yapılacak kabule göre, ortada ya bir öncelenmiş geçici tescil şerhi ya da gerçek olmayan bir tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhi bulunacak bu durumda da Tapu Sicil Tüzüğü m.48-49 (tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhi) veya m.50'den (geçici tescil şerhi) yararlanılacaktır.

Yani şartın gerçekleşmesiyle doğacak olan, sebepsiz zenginleşmeye dayalı alacak hakkı, bu şerh dolayısıyla kuvvetlendirilmiş olacaktır[92]. Şerhin etki göstereceği zaman dilimi, tapu siciline düşülmesinden şartın gerçekleşmesine kadar olan belirsiz (ve duruma göre değişkenlik gösterebilecek) bir süreyi kapsayacaktır[93]. Tartışmalı olmakla birlikte günümüzde öğretide ağırlıkla kabul edilen ve bizim de -kişisel hakların şerhinin etkisi özelinde- katıldığımız görüş uyarınca kişisel hakkın şerhinin iki farklı etkisinin olduğundan söz edilir, bunlar eşyaya bağlı borç etkisi ve munzam etkidir[94]. Eşyaya bağlı borç etkisi, şerh edilmiş kişisel (nispi) hak sahibinin taşınmazın maliki değişse bile bu durumdan olumsuz etkilenmemesi sonucunu beraberinde getirir. Bir başka deyişle, sözü edilen etkiye dayalı olarak gerçekleşen kanuni taraf değişikliği sayesinde yeni malikin hukuki ilişkinin tarafını oluşturması şerh lehtarının hakkını yeni malike karşı da ileri sürebilecektir. Munzam etki ise, şerh tarihinden sonra taşınmaz üzerinde kurulması söz konusu olabilecek sınırlı ayni haklar ve şerh edilmiş diğer nispi haklar karşısında şerh edilmiş nispi hak sahibini öncelikli kılar. Bir diğer deyişle, sınırlı ayni haklar ve şerh edilmiş diğer nispi haklar, bu ilki karşısında "geri çekilirler", ilgili hakka etki ettikleri suretle bertaraf edilirler. Somutlaştıralım, diyelim ki şerh edilmiş hakkın konusunu oluşturan borç doğduktan sonra taşınmaz üzerinde sınırlı bir ayni hak kuruldu, bu hak duruma ve şerh edilmiş hakkın, hak lehtarının istifadesine sunduğu içeriğe göre bertaraf edilecektir. Yani şerh edilmiş kişisel hak, taşınmaz mülkiyetinin devrini öngörüyorsa sonradan kurulan hak bakımından terkin sonucu (burada şerhin etkisiyle hükümsüzleşen hakkın tapu sicilinden terkini için bir tapu sicilinin düzeltilmesi davası (TMK m.1025) açılmak lazım gelecektir) meydana gelecek, hak taşınmazı kullanma ondan yararlanmayı içeriyorsa diğer hak geri çekilecek, öncelik şerh edilmiş olan kişisel hak lehtarına verilecektir[95]. Burada şerh edilmiş hak, taşınmazın mülkiyetinin (bağışlayan tarafından gerisin geri) kazanılmasına yönelik bir alacak hakkı olduğundan dolayı diğer şerh tarihinden sonra kurulmuş sınırlı ayni haklar veya diğer şerh edilmiş alacaklar taşınmazın sayfasından terkin ettirilecektir. Zira bunlar bağışla-

---

92 VARDAR HAMAMCIOĞLU, **Tasarruf İşlemi,** s. 194.

93 TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, **Eşya Hukuku,** s. 383.

94 OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, **Eşya Hukuku,** s. 249-250; NOMER/ERGÜNE, s. 155; ADAY, s. 615; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, **Eşya Hukuku,** s. 385-386; SİRMEN, **Eşya Hukuku,** s. 234; KAPANCI, **Şerh,** s. 58-60; ÖZMEN/ÜREM, s. 287.

Eşyaya bağlı borç etkisi yönünden münferit duruma bakılması gerektiği ile ilgili olarak biraz daha farklı yönde bkz. GÜMÜŞ, **Şerhler,** s. 103-104.

95 GÜMÜŞ, **Şerhler,** s. 103-104; SİRMEN, **Eşya Hukuku,** s. 235.

yanın nispi hakkının dolaylı konusunu oluşturan taşınmaz mülkiyetinin değerini azaltacak mahiyettedirler[96].

Buraya kadar, bozucu şartın borçlandırıcı işlem aşamasını ilgilendirdiğinin kabul edildiği bir olasılıkta, bilfiil gerçekleşmesinden sonraki sonuçlar ele alındı. Bir de bağışlananın şartın gerçekleşmesine kadar geçen ara dönemde (askı dönemi) bağışlama konusu ile ilgili olarak yapacağı tasarrufların akıbetlerinin şart gerçekleştiğinde ne olacağı da ayrıca açıklığa kavuşturulmalıdır.

Sözü geçen dönemde bağışlayanın bir beklenen hakkının bulunduğu söylenmelidir[97]. Yalnız, bağışlayana geri dönme şartının, borçlandırıcı işlem aşamasını ilgilendirdiği kabul ediliyorsa, şartın gerçekleşmesine kadar olan dönemde, bağışlama konusu üzerinde tasarrufların geçersiz olacağına ilişkin -bozucu şart bakımından da kıyas yoluyla uygulamasının kabul edildiği- TBK m.171/f.3 hükmü uygulanmaz[98]. Dolayısıyla yapılan işlemlerin hiçbir suretle geçersizliğinden söz edilemez. Belki ancak TBK m.171/f.2 çerçevesinde ihtiyati tedbir türünden geçici önlem alınması yoluna başvurulabilir[99], ancak bunun da ne kadar sonuç vereceği tartışmalıdır. Zira ihtiyati tedbire başvurulmasından sonra belirli bir süre içinde dava açılması gereği, bu yola başvurulmasını anlamsız kılacaktır[100] (Bkz. Hukuk Muhakemeleri Kanunu[101] ("*HMK*") m.397/f.1). Ancak TBK m.171/f.1'e *(borçlunun şartın gerçekleşmesinden önce şartın gerçekleşmesi halinde gereği gibi ifayı engelleyecek davranışlardan kaçınması yükümüne)* dayalı bağımsız bir talep ve dava hakkının varlığının kabul edilmesi dairesinde böyle bir tedbire başvurulabilmesi mümkün görülebilir[102,103]. Eğer böyle bir kabulde bulunulmazsa veya bulu-

---

96 Buna karşılık şerh edilmiş olan bir kiracılık hakkı olsaydı, şerh tarihinden sonra tescil edilmiş sınırlı ayni haklar ve şerh edilmiş diğer alacak haklarının mutlaka terkin edilmeleri gerekmeyebilirdi, öyle ki burada hak sahibinin hakkının yöneldiği sonuç taşınmaz mülkiyetini kazanmaya yönelik olmayıp, taşınmazın bizzat kullanılmasına matuftur. Yani bu sonuca terkin söz konusu olmaksızın da ulaşılabilecektir, sadece kira hakkı sahibine taşınmazı kullanım önceliği sağlanarak sorun bertaraf edilebilecektir.

97 SİRMEN, **Şart,** s. 157.

98 OĞUZMAN/ÖZ, **C.II,** s. 525.

99 PULAŞLI, s. 187; SİRMEN, **Şart,** s. 157; UYGUR, s. 348; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, **Borçlar Hukuku,** s. 334; VON TUHR (EDEGE), s. 748.

100 Genel olarak bkz. PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 563-564.

101 Resmî Gazete Sayı: 27836, Tarih: 4 Mart 2011.

102 Bu konuda bkz. SİRMEN, **Şart,** s. 140-141.

103 Aslında bozucu şarta bağlı işlemin yapıldığı andan itibaren sonuçlarını doğurduğu dikkate alınacak olursa borçlunun ifaya mâni olan davranışlarının doğrudan doğruya sözleşmeye aykırılık teşkil edeceği ve dolayısıyla özel olarak TBK m.171/f.1'in korumasına gerek olmadığı da söylenebilir. Bkz. SİRMEN, **Şart,** s. 157.

nulsa bile bağışlayan henüz fark etmeden, bağışlanan ara dönemde bağışlama konusunun "geri dönüş" olasılığını sıkıntıya sokan işlemlerde bulunacak olursa, bağışlayanın -pek tabii şartın gerçekleşmesinden sonra- yapabileceği, sadece bağışlananın mirasçılarından (şartın gerçekleşmesi dahilinde bağışlanan ölmüş olacağı ve bağışlananı iade yükümü bağışlananın kişisine özel olarak bağlı olmadığı için) tazminat talebinde (TBK m.112) bulunmaktır[104].

Bu arada, hemen yukarıda değinildiği üzere, söz konusu olan taşınmazlar olduğunda tapu siciline düşülecek şerh, meydana getirdiği özel etkiler üzerinden bağışlama konusu taşınmazın aynen elde edilmesinde bağışlayana -şartın gerçekleşmesine kadarki ara dönemde- önemli bir koruma sağlayabilecektir. Bir de istisnai olarak, şerh olmasa dahi üçüncü kişiye başvurulabilmesini sağlayacak bir başka manivela, TBK m.49/f.2'nin -sıradışı- şartlarının oluşması ve TBK m.51'den de destek alınması ahlaka aykırı olarak zarar verme kastıyla hareket eden üçüncü kişiden aynen tazmini talep etmektir[105].

3. *"Bozucu şart, hem borçlandırıcı işlem hem de tasarruf işlemi (ya da yalnızca tasarruf işlemi) için öngörülmüştür,"* Yaklaşımı

Bu yaklaşım kabul edildiğinde bozucu şartın gerçekleşmesiyle birlikte sadece borçlandırıcı işlem değil, tasarruf işlemi de, yine aksi kararlaştırılmamışsa, ileriye etkili olarak ortadan kalkacaktır[106]. Benzer durum, sadece tasarruf işleminin bozucu şarta bağlandığı kabul edildiğinde de söz konusudur[107]. Şu farkla ki,

---

[104] SİRMEN, **Şart,** s. 157; OĞUZMAN/ÖZ, **C. II,** s. 525; VON TUHR (EDEGE), s. 749; PULAŞLI, s. 187. Ayrıca bkz. SEROZAN, **Ölüme Bağlı Kazandırma,** s. 33.

[105] Bu konuda genel olarak bkz. KAPANCI, **Ahlaka Aykırılık,** s. 45-46.

[106] SİRMEN, **Şart,** s. 179; DEMİRAL, s. 116; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 349; VON TUHR (EDEGE), s. 761; BUCHER, s. 157. Etkinin doğrudan geçmişe doğru olacağı yönünde bkz. ERGİN, s. 223; SCHÖNENBERGER, **CHK,** Art.247 OR, N. 2.

[107] Aslında genel olarak bakıldığında, taşınmaz eşya üzerinde yapılacak tasarruf işlemleri bakımından TBK m.243 ve Tapu Sicil Tüzüğü m.16/f.1 işlemin şarta bağlanabilirliğinin yolunu kapatmakta olduğu görülmektedir. Bkz. SEROZAN, **Eşya Hukuku,** s. 86; SEROZAN Rona, "Taşınır Eşya Mülkiyetinin Devrinde: Ayni Tasarruf Sözleşmesinin Borçlanma Sözleşmesinden Ayrılığı ve Soyutluğu", **Prof. Dr. Tahir Çağa'nın Anısına Armağan**, Beta, İstanbul, 2000, s. 397-412, s. 407; SEROZAN, **Medeni Hukuk,** s. 401; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 558 vd.; AYBAY/HATEMİ, s. 183-184; ÖZMEN/ÜREM, s. 279.

Taşınır eşya üzerinde yapılacak tasarruf işlemleri bakımından da bu kez tipe bağlılık ve tip sıkılığı (*numerus clausus*) ilkeleri ışığında, yine tasarruf işleminin şarta bağlanabilirliği sorunludur. Zira ilgili kurguda ayni hak dışarıdan görülemez şekilde el değiştirmektedir. Kanunun bu tarz bir tasarruf işlemine açıkça yer verdiği istisnai düzenleme mülkiyeti saklı tutma anlaşmasına ilişkin TMK m.764-765'te yer almaktadır. Yine bir başka atipik ayni teminat oluşturan teminaten temlikte de, teminat verenden yana bir tavır alınarak menfaatlerin dengelenmesi bağlamında buna cevaz verilebileceği söylenir. Bkz. SEROZAN, **Eşya Hukuku,** s. 87;

böyle bir olasılıkta sadece tasarruf işlemi kendiliğinden sona erecek, borçlandırıcı işlem ise yapıldığı ilk haline göre, artık ifası gerekmeyeceği veya istenemeyeceği için işlevsizleşecektir. Dolayısıyla şartın gerçekleşmesiyle, bağışlayanın borçlandırıcı işlem bakımından da -aksi yönde bir bulgu yoksa, ki bu pek de mantıklı olmaz- sözleşmeden dönmüş olacağı kabul edilmelidir. Diğer taraftan, taraflarca kararlaştırıldıysa[108], bozucu şartın etkisinin geriye doğru olmasının burada da çok önemli bir sonuç farklılığı meydana getireceği söylenemez. Zira geçmişe doğru meydana gelecek etki, yukarıda[109] ilk yaklaşım çerçevesinde de açıkladığımız üzere sadece *"borçlandırıcı"* mahiyettedir[110], dolayısıyla doğacak hukuki sonuçların işlem sanki geçmişe etkiliymişçesine doğduğu farz edilerek sonuçlar tespit edilecek ve bunlara göre hareket edilecektir[111]. Dolayısıyla temel itibariyle geriye etkiyle ilgili olarak akla asıl gelmesi gerekecek olan, şartın gerçekleşmesine kadar söz konusu olan süreçte meydana gelen bir yarar varsa, bağışlayan lehine bunun iadesine ilişkin bir alacak hakkının doğacak olmasıdır[112].

Tasarruf işleminin bu şekilde ortadan kalkmasıyla birlikte ise, ilk yaklaşımdakinden farklı olarak taşınır/taşınmaz mal üzerindeki mülkiyet hakkı, diğer haklar gerisin geriye ve kendiliğinden (ya da **SEROZAN**'dan ödünç aldığımız yerinde deyişle, bir tür *"bumerang etkisi"*yle[113]) bağışlayana geri dönmüş olacaktır[114]. Yani söz konusu durumda, bağışlama konusu mal ve

---

SEROZAN, **Medeni Hukuk,** s. 402; SEROZAN, **İlkeler,** s. 408; SEROZAN Rona, "Mülkiyeti Saklı Tutma Anlaşması ve Teminaten Temlik", **Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı,** 2. Tıpkı Bası, Beta, İstanbul, 2001, s. 987-1014, s. 1011.

Bağlı metinde aktardığımız yaklaşım (**II, 3**) altında da, bağışlayana dönme şartlı bağışlamada tasarruf işleminin hem taşınırlar hem de taşınmazlar alanında (bozucu) şarta bağlanabilirliği TBK m.292'nin bu konuda istisnai bir düzenleme içeren hüküm olduğunun kabul edilmesiyle mümkündür. Burada da menfaatler dengesinin karşılıksız kazandırmada bulunan bağışlayanın lehine böyle bir kabulü haklı kılabilir. Yine bkz. ve karş. SEROZAN, **Eşya Hukuku,** s. 87; SEROZAN, **İlkeler,** s. 408.

108 VON TUHR (EDEGE), s. 759, 762.

109 Bkz. yukarıda **(II, 2)** altındaki açıklamalarımız.

110 SİRMEN, **Şart,** s. 182, 183.

111 SİRMEN, **Şart,** 183.

112 SİRMEN, **Şart,** s. 183.

113 SEROZAN, **Borçlar Özel,** s. 303; SEROZAN, **Eşya Hukuku,** s. 87.

114 CAVIN, s. 185; SİRMEN, **Şart,** s. 157; VARDAR HAMAMCIOĞLU, **Bağışlama,** s. 221; OLGAÇ, s. 235; PULAŞLI, s. 188; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 349.

İçeriğinde geçen ifadeler bağlamında bu yönde bir görüşü takip ettiği kanısına rahatlıkla varılabilecek bir Yargıtay kararı için ayrıca bkz. Yarg. 1. HD. T. 24.02.2004, E. 13085, K. 1627: *"Aslında bu koşulun gerçekleşmesi durumda taşınmazın hangi elde olduğuna bakılmaksızın davacı bağışlayana dönmesi yasa hükmü gereğidir."* (www.kazanci.com, Son Erişim Tarihi: 20 Mart 2021).

hak, sağlığında bağışlananın malvarlığındaki değerlerden birini teşkil eder etmesine ama hiçbir suretle miras bırakanın (bağışlanan) -ölümü neticesinde- ardında bıraktığı terekesi içinde de yer almamış olur, zira mal üzerindeki mülkiyet veya hak bağışlananın ölümüyle (bozucu şart) birlikte kendiliğinden bağışlayanın malvarlığına geri dönüş yapar. Bağışlananın mirasçıları ise, külli halefiyet yoluyla kazanacakları zilyetlik bakımından (bkz. TMK m.599/f.2) haksız zilyet konumuna düşmüş olurlar[115].

Böyle bir durumda bağışlama konusunu taşınır bir mal oluşturduğunda, bu malın mirasçılardan *(zira malın zilyetliği ölümle birlikte kendiliğinden mirasçılara geçmiş durumdadır)* ayni hakka dayalı bir taleple geri istenebilecektir. Bağışlayan, bağışlama konusu taşınır malı geri almak için bir dava açması gerekirse de bu dava istihkak davası (TMK m.683/f.2) olacaktır[116]. Yalnız şu nokta da gözden kaçırılmamalıdır: Şart gerçekleştiğinde halihazırda hak sahibi konumuna gelemeyecek olan mirasçılar, miras bırakandan yine de miras yoluyla zilyetliği elde edecekler[117]; bu zilyetlik konumu da bir emin sıfatıyla zilyetlik olacaktır. Zira ilk durumda mal, miras bırakan bağışlanana kazandırma amacıyla devredilmiş bu yapılırken de ona (doğal bir bilinçle bağışlayan temyiz kudretini haiz iken) malın zilyetliği devredilmiş-

---

Daha net ifadeleriyle bu yönde olduğu açık olan iki farklı Yargıtay kararı için de yine bkz. Yarg. 1. HD., T. 26.11.1993, E. 14255, K. 14419: *"Bilindiği üzere, BK.nun 242. maddesi ölüme bağlı bağışlamanın özel bir türünü oluşturmaktadır. Burada bozucu "infisahi" koşula bağlı bağışlama sözkonusudur. Diğer bir anlatımla, bağışın devamlılığı bir olaya (leyhine bağış yapılanın ölümüne) bağlanmış olmaktadır. Hal böyle olunca, koşulun gerçekleşmesi halinde bağışa konu şeyin iadeten temlikine ve teslimine hacet kalmaksızın malın veya şeyin mülkiyeti kendiliğinden avdet eder. Çünkü, bozucu "infisahi" koşulla askıda (muallakta) bulunan tasarrufi işlem, koşulun gerçekleşmesi ile hükümsüz bir hale gelir (von Tuhr, Çev: Edege, sh. 819) bunun doğal sonucu olarak, hükümsüz duruma düşen işlem ve tescil, zamanın geçmesi ile yeniden geçerlilik de kazanamaz (Dairenin 28.12.1987 tarih, 9690/13087 sayılı benzeri bir kararı için Bkz. Yargıtay Kararları Dergisi, Sayı: 2, 1989)."* (www.kazanci.com, Son Erişim Tarihi: 20 Mart 2021).

Bkz. Yarg. 1. HD. T. 06.07.2004, E. 5339, K. 8289: *"Burada bozucu (infisahi) bir koşul söz konusudur. Bu itibarla koşulun gerçekleşmesi halinde bağışa konu şeyin iadeten temlikine veya teslimine gerek kalmaksızın mülkiyeti kendiliğinden bağışlayana geri döner. Bozucu (infisahi) koşulla askıda (muallakta) bulunan tasarrufi işlem koşulun gerçekleşmesi ile hükümsüz hale geleceğinden bağışlanan üzerindeki tapu kaydıda illetten ve sebepten yoksun yolsuz bir tescil niteliğini alır. Bunun doğal sonucu olarak hükümsüz hale gelen işlem ve tescil zamanın geçmesi ile yeniden geçerlilik kazanamıyacağından bağışlayan veya mirasçıları her zaman iptal ve tescil davası açabilirler."* (www.kazanci.com, Son Erişim Tarihi: 20 Mart 2021).

115 VARDAR HAMAMCIOĞLU, **Bağışlama,** s. 222.

116 Ayrıca bkz. BADDELEY, **ComRom.,** Art.247 CO, N. 6; ROMELLI, **OFK,** Art.247 OR, N. 7; KOLLER, s. 164; CAVIN, s. 185; TERCIER/FAVRE, s. 279; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 188; EREN, s. 296; ERGİN, s. 223. Dolaylı olarak yine bu yönde bkz. UYGUR, s. 349.

117 Bu konuda ayrıca bkz. AKKANAT, s. 122 vd.

tir. Malike nispetle emin sıfatıyla zilyet olan bir kimseden miras yoluyla (külli halefiyet marifetiyle, bkz. TMK m.599) bu zilyetliği devralan kişinin/kişilerin zilyetliği de, bu ilkinin konumu aynen devralındığından, yine emin sıfatıyla bir zilyetlik olacaktır[118]. Bu arada mirasçıların tabi oldukları birlikte zilyetlik yapısı, aralarında bir elbirliği ortaklığı olduğuna göre, kural olarak elbirliğiyle zilyetliktir[119]. Dolayısıyla mirasçıların hepsinin birlikte hareket ederek taşınır malı bir başka iyiniyetli kişiye devrettikleri olasılıkta bu kişi malın mülkiyetini doğrudan TMK m.988 uyarınca kazanmış olur. Zira onların sahip olmadıkları tasarruf yetkisinin eksikliği, üçüncü kişinin iyiniyetiyle bertaraf edilecek ve işlem geçerli sonuç doğurabilecektir[120]. Böyle bir durum gerçekleşmişse, artık ayni bir talep ileri sürülemez, istihkak davası (TMK m.683/f.2) da açılamaz. Yapılacak olan şey, mirasçılara karşı haksız fiil temeline dayanan bir tazminat ya da sebepsiz zenginleşme temeline dayalı bir iade (mal artık malvarlığında bulunmayacağından aynen iade söz konusu olamaz, mecburen nakden iadeden söz açılacaktır) talebinde

---

[118] Mirasçıların iyiniyetli olmaları halinde TMK m.988 üzerinden bağışlama konusunun mülkiyetini kazanmaları ise mümkün değildir, zira bu hüküm yalnızca cüzi halefiyette devreye girer, burada ise bir külli halefiyet durumu söz konusudur.

[119] İMRE/ERMAN, s. 346-347, 435; WOLF Stephan, Die Teilung der Erbschaft, Art.602-619 ZGB, **Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Berner Kommentar,** Hrsg. Heinz HAUSHEER, Hans Peter WALTER, Staempfli Verlag AG, Bern, 2014, Art.602 ZGB, N. 52; BAUER Christoph, "Unberechtigter Besitz an Fahrnis im Erbgang", **Aktuelle Juristische Praxis (AJP)**, Hrsg. Arnold F. RUSCH, Dike Verlag AG, s. 783-802, s. 792.

Bu konuda ayrıca bkz. Yarg. T. 28.11.1975, E. 8162, K. 6748: *"Davacı taşınmazın babasından kaldığını ileri sürmüş dayandığı vergi kaydı da babası adına yazılı olduğu tesbit edilmiştir. Davacının babasının ölüm tarihen göre ve paydaşlar arasında taksim de iddia edilmediğine nazara davacının diğer paydaşlarla iştirak halinde zilyed bulunduğu kabul edilmek gerekir. O halde, mahkemece diğer paydaşların davaya katılmalarını sağlanması ya da terekeye tayin ettirilecek bir temsilcisi vasıtası ile davanı yürütülmesi gerekirken bu yönden zuhul olunması isabetsiz olduğu gibi..."* (www.hukukturk.com, Son Erişim Tarihi: 20 Mart 2021).

Yine bu yönde eski bir İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGE 69 II 357 vd., özellikle 366 ve orada E.4: *"(...) Nach Art.560/602 ZGB gelten sie alle als Besitzer zu gesamter Hand."* (Kararın tam metni için ayrıca bkz. https://www.servat.unibe.ch/dfr/pdf/c2069 357.pdf, Son Erişim Tarihi: 20 Mart 2021).

[120] SEROZAN, **Eşya Hukuku,** s. 65; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, **Eşya Hukuku,** s. 108.

Ayrıca şu da eklenmelidir: Mirasçılar arasından tek bir mirasçı kendi başına hareket edip taşınır malı diğerlerinden habersiz devretmeye kalkıyor olsaydı, devralan konumundaki üçüncü kişi iyiniyetli bile olsa, malın mülkiyetini kazanamazdı, zira böyle bir durumda başına buyruk hareket eden zilyedin diğerlerine nispetle bir emin sıfatıyla zilyet olduğu ise -bu kişiler arasındaki elbirliği ile (iştirak halinde) zilyetlik yapısı dikkate alındığında- söylenemez; dolayısıyla burada düpedüz rıza dışı bir çıkış söz konusu olacak ve TMK m.988 uygulanamayacaktır. Buna bağlı olarak da, bağışlayan yine "kendisine geri dönen" ayni hakkına dayalı bir talep (istihkak davası, TMK m.683/f.2) ileri sürebilecektir.

bulunmak olacaktır. Tartışmalı olmakla birlikte üstün tutulması gereken görüşe göre burada talep temelleri arasında bir yarışma hali söz konusudur[121]. Yalnız ilgili yarışma olasılığında sebepsiz zenginleşmeye dayalı iade talebinin sağladığı avantajlar (sonuçta bu olasılıkta talepte bulunabilmek için kusuru ve hukuka aykırılığı ispat etmeye gerek olmayacaktır) nedeniyle haksız fiile dayalı tazminat talebine oranla açık ara daha tercihe şayan olacağı da kabul edilmelidir[122].

Diğer taraftan emin sıfatıyla zilyetten iyiniyetle sınırlı ayni hak da kazanılabilecektir. Burada ortada bir taşınır mal olduğuna göre, bu mal üzerinde iyiniyetli üçüncü kişiler lehine ya intifa ya da rehin hakkı kurulabilecektir. Böyle bir durum söz konusu olduğunda, bağışlayan mülkiyeti kaybetmemiş olacağı için ayni talepler ileri sürebilir sürmesine ama hakkının TMK m.988 uyarınca artık sözü geçen sınırlı ayni haklardan biriyle kayıtlanmış olacağı da gözden kaçırılmamalıdır. Yine onun bu olumsuz durumun telafisi amacıyla yapabileceği, mirasçılara karşı ayrıca haksız fiil veya sebepsiz zenginleşme talep temellerinden biri üzerinden başvurmak olur.

Eğer bağışlama konusu bir taşınmaz mal ise, bu durumda da bağışlayan tapu sicilinin düzeltilmesi davasını (TMK m.1025) açmak durumunda kalır[123]. Zira böyle bir durumda tapu siciline önceden bağışlanan lehine düşülmüş olan kayıt yani tescil, bozucu şartın gerçekleşmesiyle birlikte artık yolsuz bir kayıt halini almış bulunur[124]. Ama bunlardan da önce söylenilmek gerekir ki, taşınmazlara dair tasarruf işlemlerinin bozucu şarta bağlı olarak yapılabilmesi Tapu Sicil Tüzüğü m.16/f.2 uyarınca *"Kanunlarda veya bu Tüzükte belirlenen istisnalar dışında, (...) / (2) İstem, tescili bozucu veya hükümsüz kılıcı kayıt ve şarta bağlanamaz, mümkün değildir."* Eğer bu başlık altında yer verdiğimiz söz konusu yaklaşım kabul edilecek olursa, bu alanda ilgili kuralın bir istisnasıyla karşı karşıya olunduğunun altı çizilmeli-

---

[121] Bu konuda ayrıca bkz. OĞUZMAN/ÖZ, **C. II,** s. 348; SEROZAN Rona (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI), **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt, İfa - İfa Engelleri - Haksız Zenginleşme, EK: Uygulama Çalışmaları,** Gözden Geçirilmiş 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016, s. 324.

[122] Bkz. SEROZAN, **İfa Engelleri,** s. 324.

[123] VARDAR HAMAMCIOĞLU, **Bağışlama,** s. 223; SİRMEN, **Şart,** s. 183; KOLLER, s. 164.

[124] Bkz. bu yönde Yarg. 1. HD. T. 28.12.1988, E. 9690, K. 13087: *"Çünkü, bozucu "infisahi" koşula bağlı askıda (muallakta) bulunan tasarruf işlem, koşulun gerçekleşmesi ile hükümsüz bir hale gelir (Von Tuhr, Çev. Edege, s. 819) ve bağışlananın üzerinde kalan tapu kaydı da illetten ve sebepten yoksun, yolsuz bir tescil niteliğini alır. Bunun doğal sonucu olarak, hükümsüz hale gelen işlem ve tescil, zamanın geçmesi ile yeniden geçerlilik kazanamaz."* (Kararın tam metni için bkz. UYGUR, s. 350).

dir[125]. Nitekim kuralın bizzat kendisinde de istisnaların tanınabileceğine işaret edilmiş bulunmaktadır. Yalnız olsa olsa belki bir istisnanın yani ana kuraldan sapmanın açık olması gereğine takılınabilir, öyle ki burada sadece bağışlayanın menfaatini gözeterek yorum yoluyla bir sonuca ulaşılmaktadır.

Diğer taraftan, hukuki niteliği tartışmalı olmakla birlikte, burada anılan yaklaşım bağlamında açılacağı öngörülen tapu sicilinin düzeltilmesi davası (TMK m.1025), üstün tutulması görüşe göre esas itibariyle bir tespit davası niteliğindedir[126]. Yalnız tapu sicilindeki şartın gerçekleşmesine bağlı olarak yolsuzlaşacak olan kayıt, gerçek malik konumundaki bağışlayan açısından ciddi bir tehlike arz etmektedir. Bu tehlike, yolsuz tescile dayalı iyiniyetle hak kazanımlarını koruyan TMK m.1023'ten ileri gelmektedir[127]. Dolayısıyla söz konusu yolsuzluk başlı başına sorunlara gebedir. Öyle ki bir defa daha sonra miras yoluyla taşınmazı kazandıklarını iddia eden mirasçılar, kendi adlarına ilgili (yine yolsuz olsa da) tescili[128] yaptırırlarsa, bunların taşınmazı iyiniyetli üçüncü kişilere devretme ve bu devir neticesinde mülkiyeti geçerli olarak kazandırmaları (ya da bir sınırlı ayni hak kazandırmaları) söz konusu olur[129]. Ya da ölen bağışlananın arkasından yolsuz tescilin bu haliyle varlığı başkaca üçüncü kişilerin (yani mirasçıların) bu türden "hileli düzenler/tertipler" oluşturmalarına zemin sağlayabilecek, yine kendi özelinde de başlı başına bir risk teşkil edebilecektir. Böyle bir durumda bağışlayanın başvurabileceği imkânlar yine esas itibariyle birbirleriyle yarışma halinde olacak haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme talep temellerinden birine dayanacaktır. Şu da vurgulanmalıdır: Haksız fiilden doğan talep bakımından zarar gören konumundaki bağışlayanın müteselsil olarak başvurabileceği *(aynı zarardan dolayı farklı sebeplerden dolayı müteselsil sorumluluk için bkz.*

---

[125] SİRMEN, **Şart,** s. 106. Ayrıca bkz. ve karş. TBK m.292'nin (eBK m.242) bu şekilde bir istisna olarak yorumlanabileceği ile ilgili olarak TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, **Borçlar Hukuku,** s. 333 dn. 4a.

[126] Bu konuda ayrıca bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, **Eşya Hukuku,** s. 263; SİRMEN, **Eşya Hukuku,** s. 251; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 465.

Farklı yönde, bu davanın eda davası niteliğini taşıdığı ile ilgili olarak ayrıca bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, **Eşya Hukuku,** s. 416.

[127] ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 188; EREN, s. 296.

[128] Bu arada mirasçıların iyiniyetli yani bozucu şartı bilmedikleri bir kurguda bile tapudaki bağışlanan adına varolan ve şartın gerçekleşmesiyle yolsuzlaşan tescile dayalı olarak mülkiyet hakkını ya da diğer herhangi bir sınırlı ayni hakkı kazanmaları mümkün değildir. TMK m.1023, külli devirlerde uygulanamaz, sadece cüzi devirler bakımından sonuç doğurabilir.

[129] KOLLER, s. 164. Ayrıca daha genel olarak bkz. ANTALYA, s. 659; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 581.

TBK m.61) iki farklı kişi bulunmaktadır: TBK m.49/f.1'e dayalı olarak yolsuzluktan faydalanarak malı başkasına devreden "kem niyetli" kişi (duruma göre mirasçı(lar) veya bir başkası) ve şartlarının oluştuğu söylenebiliyorsa[130] TMK m.1007'ye dayalı olarak devlet. Üçüncü kişinin sorumluluğu kusur esasına dayalı iken, devletin aynı zarardan dolayı sorumluluğu kusursuz sorumluluk (ağırlaştırılmış objektif özen yükümlülüğü) esasına dayalıdır.

Bu arada, bağışlayan eğer ihtiyaç duyarsa, taşınmazlar bakımından da TMK m.683/f.2'ye dayalı istihkak davasını (veya duruma göre haksız el atmanın önlenmesi davasını) da TMK m.1025'in yanı sıra devreye sokabilir[131]. Sonuçta o, yukarıda da belirttiğimiz üzere şartın gerçekleşmesiyle, tekrar ayni hak konumuna gelmiştir.

Yukarıda ilk yaklaşım (**II, 2**) altında, bağışlayana geri dönme şartına ilişkin olarak, bağışlama konusu taşınmaz olduğunda ayrıca bir şerh olasılığı bulunduğundan ve bunun etkilerinden söz etmiştik, şimdi bu yaklaşım özelinde şerhin hukuki niteliğinin ve etkisinin ne olacağı üzerinde de duralım: Ele almakta olduğumuz ikinci yaklaşım özelinde, pek tabii düşülecek şerhin de hukuki niteliği ilk yaklaşımda ifade edilenden farklı olacaktır. Yani ilgili yaklaşımın kabulü halinde, ortada en başta bir kişisel hakkın şerhi olmayacağı dolayısıyla şerhin etkisinin de daha farklı gelişeceği peşinen belirtilmelidir. Ama bu noktada yapılacak açıklamalar da kendi içinde yine değişkenlik gösterir. Öyle ki tapu siciline düşülecek şerhin hukuki niteliği ile ilgili olarak iki farklı alt yaklaşımda bulunulabilir, bunları teker teker ele alalım:

- İlk alt yaklaşıma göre, söz konusu şerh ***öncelenmiş bir geçici tescil şerhidir***. Bilindiği üzere geçici tescil şerhi, esas itibariyle tapu sicilinin düzeltilmesi davası açıldığında, bu dava sırasında, dava sonuçlanmazdan evvel bir nevi ihtiyati tedbir niteliğinde düşülen, iyiniyetli üçüncü kişilerin bu iyiniyetlerini bertaraf etme amacı taşıyan bir şerhtir[132]. Yani bu şerhin işlevi ilk yaklaşım dahilinde yer verilen kişisel hakkın şerhinden farklıdır, daha özeldir. İşte bağışlayana geri dönme şartlı bağışlamada kanun, böyle bir şerhin, henüz daha tapu sicilinin düzeltilmesi davası (TMK m.1025) açılmadan

---

[130] Bu şartlar için bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, **Eşya Hukuku,** s. 144 vd.; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, **Eşya Hukuku,** s. 447 vd.; NOMER/ERGÜNE, s. 118 vd.; SİRMEN, **Eşya Hukuku,** s. 146 vd.; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 472 vd.

[131] Bu davalarla ilgili olarak bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, **Eşya Hukuku,** s. 278 vd.

[132] ANTALYA, s. 678; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, **Eşya Hukuku,** s. 401-402; KAPANCI, **Şerh,** s. 64.

önce dahi düşülebileceğini kabul etmiştir. Öncelenmiş geçici tescil şerhinin tek örneği burada görülmez, hukuki niteliği tartışmalı olmakla birlikte bazı yazarlarca aile konutu şerhine (TMK m.194/f.3) de bu hukuki nitelik atfedilir[133]. Söz konusu şerh düşüldüğü vakit yukarıda bahsedilen yolsuz tescile dayalı olarak iyiniyetle mülkiyet veya sınırlı ayni hak kazanılabilmesi rizikosu daha en başta, hem de daha herhangi bir dava dahi açılmaksızın önlenmiş olur ve bağışlayanın bozucu şartın gerçekleşmesi durumundaki menfaati gayet etkin şekilde korunur[134].

- İkinci alt yaklaşıma göre ise, burada ***gerçek olmayan bir tasarruf kısıtlaması şerhinin*** varlığı söz konusudur[135]. Öyle ki bu şerh, tıpkı haciz şerhinde olduğu gibi[136], yeni bir hukuki durum yaratmaksızın var olan bir durumu açıklama amacı güder. Dolayısıyla etkisi gerçek bir tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhininkinden farklıdır. Hatırlanacağı üzere normal şartlarda gerçek bir tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhinin "saf" etkisi, kendisini şerhi görerek hak kazanan üçüncü kişilerin bu kazanımlarını şerhten yararlanan hak sahibine karşı ileri sürememelerinde gösterir[137]. Oysa buradaki şerh olağan bir tasarruf kısıtlaması şerhinin etkisinden daha farklı etki doğurmakta ve özel olarak yolsuz tescile güvenerek ayni hak kazanacak kişilerin iyiniyetini ortadan kaldırmaktadır[138]. Yine yukarıda şerhin hukuki niteliğine ilişkin ilk alt yaklaşımda değindiğimiz aile konutu şerhine (TMK m.194/f.3) de, bu türden bir nitelik atfeden yazarlar da bulunmaktadır[139].

---

[133] ARMUTÇUOĞLU Can, "Aile Konutuna Sağlanan Koruma ve Aile Konutu Şerhinin Hukuki Niteliği", **MÜHF-HAD**, C. 17, S. 1-2, s. 413-436, s. 429, 432. Ayrıca bkz. ve karş. SEROZAN Rona, "Aile Konutu Şerhine Değişik Bir Yaklaşım", **Zahit İmre'ye Armağan,** DER Yayınları, İstanbul, 2009, s. 279-288, s. 286; KAPANCI, **Şerh,** s. 65.

[134] ARMUTÇUOĞLU, s. 432. Ayrıca bkz. ve karş. SEROZAN, **Aile Konutu Şerhi,** s. 286; KAPANCI, **Şerh,** s. 65-66.

[135] Bu yönde bkz. SİRMEN, **Şart,** s. 158.

[136] GÜMÜŞ, **Şerhler,** s. 14.

[137] GÜMÜŞ, **Şerhler,** s. 13.

[138] Genel olarak bkz. GÜMÜŞ, **Şerhler,** s. 13-15; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, **Eşya Hukuku,** s. 253; SİRMEN, **Eşya Hukuku,** s. 239; KAPANCI, **Şerh,** s. 63.

GÜMÜŞ'e (**Şerhler,** s. 3-4, 11) göre, bu etkisiyle gerçek olmayan tasarruf kısıtlaması şerhi bir *"beyan"* işlevi görmektedir. Şerhe bu sınıflandırma dahilinde yer verilmesi durumunda benzer yönde bir etkinin doğacağına ilişkin açıklamaları için bkz. ADAY, s. 615.

[139] BARLAS Nami, "Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Eşler Arası Hukuki İşlem Özgürlüğü ve Sınırları", **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan**, Seçkin, Ankara, 2008, s. 115-143s. 124; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, **Eşya Hukuku,** s. 255; SİRMEN, **Eşya Hukuku,** s. 239.

Görüldüğü üzere, bu iki alt yaklaşımdan birinin ya da diğerinin kabul edilmesi, oluşacak şerh etkisi bakımından önemli bir sonuç farklılığı meydana getirmemektedir. Etki, her bir durumda, iyiniyetli üçüncü kişilerin iyiniyetini kaldırmaya ve bu suretle söz konusu olabilecek ayni hak kazanımlarını engellemeye yöneliktir. Fikrimize göre ise, eğer ele aldığımız tasarruf işleminin (tek başına veya borçlandırıcı işlemle birlikte) bozucu şarta bağlandığı yaklaşımı kabul edilecek olursa, burada bir öncelenmiş geçici tescil şerhinin bulunduğu düşüncesi, ilgili şerhe hukuki nitelik olarak daha anlamlı ve isabetli bir yakıştırma olacaktır. Şöyle ki, olağan anlamda bir geçici tescil şerhi, zaten açılmış olan bir tapu sicilinin düzeltilmesi davasına eşlik etmekte, bu davada bir tür ihtiyati tedbir olma özelliği göstermektedir. Burada ise, tapu sicilinin düzeltilmesi davasının açılması, şartın gerçekleşmesinin bir sonucu olabilir, yani ilgili ihtimal bu zamana kadar ötelenmiştir. Ama şerh imkânı da tam aksine şartın gerçekleşebilmesi noktasındaki belirsizliğin söz konusu olduğu zamana kadar geriye çekilmiştir. Zira tapu sicilinde herhangi bir şerh olmadığı takdirde, şartın henüz gerçekleşmemiş olduğu zaman diliminde (askı dönemi), tasarruf işleminin şarta bağlandığı olgusu tapu sicili incelendiği vakit dışarıdan görülebilir durumda değildir. İleride şart gerçekleşip, ilk planda bağışlanan lehine düşülen tescil yolsuzlaştığında ise, şartın varlığından haberi olmayan ve sadece var olan tescile güvenen iyiniyetli bir kişi karşısında bağışlayan -TMK m.1023'ün uygulama sonuçları nedeniyle- epey zor bir durumda kalacaktır. Zira o, şart gerçekleştikten sonra tapu sicilinin düzeltilmesi davasını açsa ve bu davada bir ihtiyati tedbir olarak "olağan" geçici tescil şerhi kaydını düşürmek istese de elverişsiz ve çaresiz bir durumda bırakılmış olur. Ne davadan ne de şerhten istese de faydalanamaz. İşte TBK m.292/f.2'de öngörülen geçici tescil şerhinin "öncelenmiş" özelliği bu elverişsizliği bertaraf etmek bakımından anlamlıdır.

Yine ilk yaklaşım (**II, 2**) bakımından da ele almış olduğumuz üzere, bağışlananın şartın gerçekleşmesine kadar geçen ara dönemde (askı dönemi) bağışlama konusu ile ilgili olarak yapacağı tasarrufların akıbetlerinin şart gerçekleştiğinde ne olacağı da ayrıca açıklığa kavuşturulması önem arz etmektedir. Sözü geçen dönemde, ortada yine bağışlayanın bir beklenen hakkının bulunduğu söylenmelidir[140]. Bununla birlikte, varılacak sonuçlar ise, ilk yaklaşımınkilerden ayrımlıdır. Şöyle ki; anılan türden bir kurguda bozucu şartlar bakımından da kıyas yoluyla uygulanacağı kabul edilen TBK m.171/f.3'ün etkisiyle bağışlama konusuyla ilgili olarak ara dönemde yapı-

[140] SİRMEN, **Şart,** s. 157.

lan tasarruf işlemi şartın gerçekleşmesiyle birlikte geçersiz hale gelir[141,142]. Bu şekilde bozucu şart lehtarının beklenen hakkı da korunmuş olur. Söz konusu durum gerek hak devirleri gerekse de diğer türlü kayıtlamaları içeren tasarruf işlemleri bakımından caridir[143]. Yalnız iyiniyetli üçüncü kişilerin ara dönemdeki kazanımları saklı kalır[144] (bkz. taşınırlar[145] bakımından TBK m.988, taşınmazlar bakımından TBK m.1023). Taşınmazlar alanında bunun önüne tapu siciline düşülecek şerh kaydıyla geçilebilir[146,147].

Bu arada bağışlayan şartın gerçekleşmesinden önce hakkı tehlikeye düştüğü için ihtiyati tedbir türünden çeşitli önlemlerin alınmasını isteyebilir ve bu suretle hakkını koruma girişiminde bulunabilir[148] (bkz. TBK m.171/f.2). Ancak ilgili çerçevede ihtiyati tedbir türünden geçici bir önlemin alınmasının, düşüncemize göre fiili olarak büyük bir getirisi olmaz. Zira ihtiyati tedbire başvurul-

---

[141] BADDELEY, **ComRom.,** Art.247 CO, N. 6; ROMELLI, **OFK,** Art.247 OR, N. 6; SCHÖNENBERGER, **CHK,** Art.247 OR, N. 2; ENGEL, s. 122; CAVIN, s. 185; EITEL, s. 139; TERCIER/FAVRE, s. 279; VON TUHR (EDEGE), s. 754; OĞUZMAN/ÖZ, **C.II,** s. 534; ARAL/AYRANCI, s. 202; TANDOĞAN, s. 373; PULAŞLI, s. 189; SEROZAN, **Ölüme Bağlı Kazandırma,** s. 33; SEROZAN, **Medeni Hukuk,** s. 402.

Ayrıca mülkiyet saklı tutma anlaşması bağlamında TBK m.171/f.3'ün uygulamasıyla ilgili olarak bkz. ve karş. BAŞOĞLU, s. 51.

[142] Bu arada belirtilmelidir ki TBK m.171/f.3, bağışlananın borçlarından ötürü bağışlama konusunun haczedilmesine de doğrudan bir engel oluşturmaz, ancak şart gerçekleştiğinde etki gösterebilir. Ne var ki Yargıtay'ın aksi yönde eski tarihli bir kararı da bulunmaktadır. Bkz. Yarg. İİD. T. 04.11.1968, E. 9179, K. 9906: *"Mahcuz gayrimenkul hissesi (M) tarafından çocuklarına ve bu meyanda (Y)'ye bağışlananların kendisinden önce ölümleri halinde tekrar mülküne rücu etmesi şartıyla hibe edilmiştir. Kendisine bağışta bulunulan (Y)'nin borcundan dolayı bu gayrimenkul satıldığı takdirde, BK'nun 242'nci maddesine uygun şekilde kararlaştırılmış şartın tahakkuku halinde mülkiyetin bağışlayana geri dönmesi imkânı bertaraf edilmiş olacaktır."* (Karar için bkz. SİRMEN, **Şart,** s. 159, dn. 99).

[143] Pek tabii TBK m.171/f.3'ün bu etkisi, şart lehtarının (yani bağışlayanın) yapılan işleme icazet vermesiyle de ortadan kalkabilir (Bkz. SİRMEN, **Şart,** s. 158).

[144] BADDELEY, **ComRom.,** Art.247 CO, N. 6; ROMELLI, **OFK,** Art.47 OR, N. 6; SCHÖNENBERGER, **CHK,** Art.247 OR, N. 2; ENGEL, s. 122; CAVIN, s. 185; EITEL, s. 139; TERCIER/FAVRE, s. 279; OĞUZMAN/ÖZ, **C.II,** s. 534; SEROZAN, **Borçlar Özel,** s. 303; SEROZAN, **Medeni Hukuk,** s. 402; ARAL/AYRANCI, s. 202.

[145] Burada bozucu şart olasılığında bulunulduğu için TMK m.979/f.3'ün halefiyet koruması devre dışıdır. Ne de olsa şart lehtarı (somut durumda bağışlayan) doğrudan zilyet konumunda bulunmayacaktır (Bkz. SEROZAN, **Borçlar Özel,** s. 303).

[146] CAVIN, s. 185-186; TERCIER/FAVRE, s. 279; SCHÖNENBERGER, **CHK,** Art.247 OR, N. 2; SEROZAN, **Borçlar Özel,** s. 303.

[147] Yukarıda (yine bu başlık altında) da ayrıntılarıyla değinildiği üzere, kabul edilecek görüşe göre bu şerh, etkisi her iki durumda da özdeşlik göstermekle birlikte, ya gerçek olmayan bir tasarruf kısıtlaması şerhi ya da öncelenmiş bir geçici tescil şerhidir.

[148] OLGAÇ, s. 235; TUNÇOMAĞ, s. 409; UYGUR, s. 348.

masından sonra belirli bir süre içinde dava açılması gereği, bu yola başvurulmasını anlamsız kılacaktır[149] (Bkz. HMK m.397/f.1). Düşünülecek olursa, hakka kavuşulması ve yapılan tasarrufun geçersizliği (TBK m.171/f.3'ün uygulanmasıyla) doğrudan şartın gerçekleşmesine bağlıdır. Şartın ne zaman gerçekleşeceği ise tam olarak belli değildir, bu nedenle, eğer ihtiyati tedbirin devam etmesi için dava açılırsa, bu davanın esastan red olunması olasılığı yüksektir. Dolayısıyla, şartın henüz gerçekleşmemiş olduğu zaman diliminde TBK m.171/f.2 üzerinden ne kadar elverişli bir sonuca ulaşılacağı belirsizdir. Ancak burada şarta bağlı hak sahibinin TBK m.171/f.1'ye *(borçlunun şartın gerçekleşmesinden önce şartın gerçekleşmesi halinde gereği gibi ifayı engelleyecek davranışlardan kaçınması yükümüne)* dayalı bağımsız bir talep ve dava hakkının bulunduğu kabul edilirse bir farklılık olacağı söylenebilir. Eğer böyle bir kabulde bulunulursa, bir dava açılabileceği ve sürdürülebileceği için TBK m.171/f.2'ye dayalı olarak ihtiyati tedbire başvurulması anlamlı olacaktır[150]. Bu konuda tartışmasız olarak söylenebilecek olan ise şudur: Bağışlama konusu taşınmazsa, dava açılmasına gerek olmaksızın, TBK m.292/f.2 uyarınca kullanılabilecek bir tür ihtiyati tedbir ve "oyun kartı" olarak görülebilecek tapu siciline düşülecek şerh (yapılacak kabule göre öncelenmiş geçici tescil şerhi veya gerçek olmayan tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhi) ile bunun da önüne geçilecektir. Zira şerhin etkisi kendisini şartın gerçekleşmesinin öncesinde, düşülmesiyle birlikte -ve pek tabii şartın ileride gerçekleşmesine bağlı olarak- gösterecektir.

Belki akla şu da gelebilir, peki şart gerçekleştikten sonra durum ne olacaktır? Yani şart gerçekleştikten sonra bağışlama konusu üzerinde tasarruf edilebilecek midir? Bu noktada da şöyle düşünmek gerekir: Bağışlanan (bağışlayandan önce) öldüğünde şart gerçekleşmiş olur. Bağışlama konusunun mülkiyeti gerisin geriye bağışlayana (ayni bir etkiyle) dönecektir. Diğer bir deyişle bu durumda ilgili koruma geri kazanılan ayni hak sahipliğinin bir getirisi olacaktır, yoksa TBK m.171/f.3'ün değil. Söz konusu kurguda, bağışlananın mirasçıları malik konumunda olmadıklarından tasarruf yetkisini de haiz bulunmamaktadırlar. Ne var ki tasarruf yetkisi eksikliği karşısında iyiniyetin korunduğu hallerde iyiniyetli üçüncü kişiler kazanımda bulunabileceklerdir (TMK m.988, m.1023). Taşınmazlar alanında düşülecek şerh ise (yine yukarıda belirtilen türlerden hangisinde olduğu kabul edilirse edilsin) iyiniyeti bertaraf edici etkisiyle, bu olasılıkta da imdada yetişecektir.

---

[149] Genel olarak bkz. PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 563-564.

[150] Bu yönde bkz. SİRMEN, **Şart,** s. 140-141.

III. YAKLAŞIMLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ VE SONUÇ

Aslında bakılacak olursa, ilgili yaklaşımlardan birini seçmek noktasında kanun metninin renksiz ifadesi, her ikisinin de ortaya koyulabilirliğini ciddi şekilde destekler. İfade edilmelidir ki, ikinci yaklaşım dahilinde bağışlayan ilkine oranla çok sıkı şekilde korunur. Bağışlayanın ivazsız ödün veren konumu, bu korumacı tavrı destekler. Pek tabii, diğer taraftan da bu yaklaşım yerleşik kural düzeniyle belirli çelişkilere katlanmayı, bunları birer istisna hükmü olarak değerlendirmeyi gerektirir. Yani gerek taşınmazlar alanında tasarruf işleminin bozucu şarta bağlanmasının Tapu Sicil Tüzüğü m.16/f.2 *("İstem, tescili bozucu veya hükümsüz kılıcı kayıt ve şarta bağlanamaz")* dikkate alındığındaki yadırgatıcılığı, gerekse de hangi alt yaklaşım kabul edilirse edilsin bu yaklaşıma bağlı şerhin istisnai özellikli mahiyeti, zihinlerde bazı soru işaretlerinin uyanmasına sebep olmuyor da değildir. Öyle ki geçici tescil şerhinin *"öncelenmiş"* yapısı böyle bir yargıya varılmasında destekleyicidir. Yine aynı şeyler diğer alt yaklaşım bağlamında, bizzat adlandırılmasındaki "*gerçek olmayan"* ifadesinin de yansıttığı üzere sistem dışı bir özelliğe sahip gerçek olmayan tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhi için de söylenebilecektir. Ama belirtildiği üzere, bütün bunlar bağışlayanı, tanımadığı ve belki de hiç bilmediği kişiler (bağışlananın mirasçıları) karşısında korumak, kollamak amacıyla ve istisnai olarak aynı oranda kabul edilebilir ve desteklenebilir özellik de taşır.

Peki gerçekten nasıl bir değerlendirme yolu izlenmesi en isabetlisi olur?

Biz, bu noktada ***üçüncü bir yaklaşım tarzı*** ortaya koyarak öğretide bu zamana kadar söylenenlerden bir miktar daha farklı bir sonuca ulaşmayı arzu ediyoruz: Düşüncemize göre, TBK m.292'nin (gerek f.1 gerekse de f.2) sözü edilen renksiz ifadesi, onun mutlaka yukarıda anılan şu ya da bu yaklaşım altında değerlendirilmesini gerektirmemektedir. Tersine ifadenin renksizliği, kanaatimizce şerh imkânının da öngörüldüğü bağışlayana geri dönme şartının gerek yalnızca borçlandırıcı işlem gerekse de hem borçlandırıcı işlem hem de tasarruf işlemi (ya da yalnızca tasarruf işlemi) bakımından öngörülebilmesine izin vermektedir. Tabii böyle bir üçüncü yaklaşımın kabulü halinde, şart hangi işleme bağlanmak isteniyorsa ona göre -özellikle şartın etkisi ve taşınmaz malların bağışlanmasında öngörülen şerh imkânı ve ara dönemde yapılacak tasarrufların akıbetleri bakımından- muamele edilmek gerekecektir. Sadece borçlandırıcı işlem şarta bağlanmışsa, şerhin hukuki niteliği kişisel hak şerhi olacak, yok eğer tasarruf işlemi (veya her iki işlem birlikte) şarta bağlandıysa şerhin hukuki niteliği kabul edilecek alt yaklaşım

dairesinde gerçek olmayan tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhi veya öncelenmiş geçici tescil şerhi olacaktır. Dolayısıyla böylelikle işlem taraflarınca her iki yaklaşımın da uygulama sonuçlarına seçimlik olarak başvurulabilir, işlemin yapısı ve etkileri serbestçe tayin edilebilir. Kaldı ki, tapu sicilinde yapılacak tasarruf işlemlerine ilişkin TST m.16/f.2'nin kısıtlaması dışında, aslında zaten TBK m.290/f.1 ve daha genel olarak TBK m.170 vd. (özel olarak TBK m.173) çerçevesinde gerek borçlandırıcı işlem niteliğindeki bağışlama sözleşmesinin gerekse de onu izleyen tasarruf işleminin (bozucu) şarta bağlanabilmesine kural olarak engel yoktur[151]. Esas itibariyle daha esnek özellik göstermekle birlikte yukarıda değinilen ikinci yaklaşımla[152] ciddi şekilde benzeşen (en azından taşınmazlara ilişkin tasarruf işlemlerinin bozucu şarta bağlanabilmesi bakımından deyim yerindeyse *"cüretkârlığıyla"* ona yaklaşan) bu üçüncü yaklaşım, sözleşme taraflarının hareket kabiliyetlerini genişletmektedir.

Şunu da özel olarak belirtmeli: Şerhin, şartın bağlanacağı hukuki işlem gözetilerek hukuki nitelik ve etki değiştirmesi, genel olarak şerhlere de hâkim olan sınırlı sayı ilkesiyle de çeliştiği söylenemez. Sonuçta burada ne kanunda öngörülenden farklı bir şerh uygulaması önerilmekte, ne de kanunun[153] izin verdiğinin dışına çıkılmaktadır. Sınırlı sayı ilkesinin burada söylediğimize benzerlik gösterdiği söylenebilecek olan bir uygulaması, irtifak hakları bakımından mevcuttur. Öyle ki irtifak haklarının nelerden ibaret olduğu kıyasıya sayılarak tüketilmemiş, tersine malike -doğrudan taşınmazla ilgili- ya katlanma ya da bir kaçınma borcu yükleyebileceğine işaret edilmiştir[154] (Bkz. TBK m.779). Yani sadece bir irtifak hakkının öngörebileceği temel yararlanma tarzı ana hatlarıyla emredici şekilde belirtilmiş, içeriğin belirli bir genel görüntüye hasredilmesinden öteye geçilmemiştir.

İşte burada da önerilen yaklaşım çerçevesinde, kanunun serbest ifadesinin, şartın bağlandığı işlemin hukuki niteliği de gözetilmek kaydıyla, seçimlik olarak, duruma göre bir kişisel hakkın şerhine ya da yine duruma göre

---

[151] Bkz. SİRMEN, **Şart,** s. 157. Biraz daha farklı yönde bkz. SEROZAN, **Eşya Hukuku,** s. 87; SEROZAN, **İlkeler,** s. 408; SEROZAN, **MSTA ve Teminaten Temlik,** s. 1011.

[152] Bkz. yukarıda **(II, 3)** altındaki açıklamalarımız.

[153] Söz konusu olan tasarruf işlemi olduğunda tercih ve kabul ettiğimizi belirttiğimiz *"öncelenmiş geçici tescil şerhine"* bu özelliği verebilen de yine renksiz ifadesi üzerinden geniş ve değişebilir mahiyette yorumladığımız TBK m.292/f.2'nin ta kendisidir.

[154] OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, **Eşya Hukuku,** s. 781; SİRMEN, **Eşya Hukuku**, s. 557 vd., 559; SEROZAN, **Eşya Hukuku,** s. 45; AYBAY/HATEMİ, s. 250 vd.

öncelenmiş geçici tescil şerhine (veya yukarıda anmış olduğumuz diğer alt yaklaşım kabul edilecek olursa gerçek olmayan tasarruf kısıtlaması şerhine) yol verebileceği çıkarsaması yapılmaktadır. Yani, diğer bir deyişle, nasıl ki TBK 292 yalınkat bağışlananın bağışlayandan önce ölmesi bozucu şartının öngörülebileceğini ve bağışlama konusu bir taşınmaz veya taşınmaz üzerindeki ayni hak olduğunda tapu siciline ayrıca şerh de düşülebileceğine işaret etmiştir, buradan hareketle hükmün taraflara bizzat şarta bağlayacakları işlemi seçme ve bu suretle de düşülebilecek şerhin hukuki niteliğine karar verilebilmesi bakımından -sınırlı da olsa- hareket kabiliyeti sağlayan bir temel hüküm olduğu iddia edilebilecektir.

Yalnız eğer taraflar özel olarak hangi işlemi şarta bağladıklarını belli etmemişler ve sadece şartın varlığından söz etmişlerse, böyle bir durumda bağışlayanı daha iyi şekilde koruyacak ve onun tek taraflı fedakarlıkta bulunan kişi olarak arzusuna daha emin şekilde kavuşabilmesinin sağlayacak tarzda, şartın tasarruf işlemi için öngörüldüğü öncelikle kabul edilmelidir. Gerçi, normal şartlarda konu bağışlama sözleşmesi olmasaydı, şüphe halinde doğru dengeyi sağlayabilmek adına, seçimlik iki imkândan etkisi daha hafif olanın esas alınması ileri sürülebilirdi. Burada ise, ivazsız ödünde/fedakârlıkta bulunan bağışlayan, özgeciliği (diğerkâmlığı) nedeniyle öncelikle gözetilmektedir[155]. Sonuçta kanun tek tarafa borç yükleyen (ivazsız) bağışlama sözleşmesinde bağışlayanı, diğer sözleşme yapılarındaki taraflardan farklı olarak özel olarak korumuş, deyim yerindeyse "*kadife eldivenlerle"* tutmuştur[156].

İşte bunun apaçık kanıtları: Bir defa bağışlama sözleşmesinde bağışlayanın sözleşme ile bağlılığı daha gevşektir, pek tabii hep belirli şartlarla. Bu gevşeklik sözleşme daha kurulmadan kurulana, akabinde sözleşme kurulduktan sonra bağışlama sözleşmesi ifa edilene ve hatta bunun da ötesinde sözleşme ifa edildikten sonrasına kadar devam eder[157] (bkz. TBK m.293, 296, 295). Sonra bağışlama sözleşmesinde bağışlayanın sorumluluğu daha az şiddetle takdir edilir. Bağışlayan özellikle taahhüt etmedikçe ayıptan / zapttan dolayı sorumlu olmadığı gibi, sorumlu olabilmesi için özellikle ağır

---

155 SEROZAN, **Borçlar Özel,** s. 308.

156 Ayrıca bkz. SEROZAN, **Borçlar Özel,** s. 289.

157 TANDOĞAN, s. 373; BİLGE, s. 134 vd.; SEROZAN, **Borçlar Özel,** s. 294-295, 309-310; OLGAÇ, s. 239 vd.; FEYZİOĞLU, s. 374 vd.; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 190 vd.; EREN, s. 301 vd.; KARAHASAN, s. 445 vd.; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 352 vd.; HUGUENIN, s. 782 vd.; HONSELL, s. 194-195; SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, s. 139-140.

şekilde kusurlu olması gerekecektir[158] (bkz. TBK m.294, karş. TBK m.119/f.2). Tüm bu noktalar da bağışlayandan yana başvurduğumuz yorum tarzını ayrıca destekler. Eğer aksi durum söz konusu ise de, bunun taraflar arasındaki somut sözleşmesel ilişkiden anlaşılabilir olması lazım gelir.

[158] TANDOĞAN, s. 373; BİLGE, s. 133-134; SEROZAN, **Borçlar Özel,** s. 308-309; OLGAÇ, s. 237-238; FEYZİOĞLU, s. 373-374; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 189-190; EREN, s. 298-300; KARAHASAN, s. 444-445; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 351-352; HUGUENIN, s. 781; HONSELL, s. 196; KOLLER, s. 155 vd.; SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, s. 138.

KAYNAKÇA

ADAY Nejat, "Kişisel Hakların Şerhi", **İBD**, Cilt 66, Sayı 7-8-9, Yıl 1992, s. 609-645.

AKKANAT Halil, **Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004.

ANDRE-FERRE Sylvie / BERRE Stéphane, **Successions et libéralités 2018-2019**, 4e Edition, Hyperscours Dalloz, Paris, 2018.

ANTALYA Gökhan, **Eşya Hukuku, C. IV/1, Giriş, Temel Kavram ve İlkeler**, 3. Baskı, Seçkin, İstanbul, 2019.

ARAL Fahrettin / AYRANCI Hasan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Genişletilmiş 9. Baskı, Yetkin, Ankara, 2012.

ARMUTÇUOĞLU Can, "Aile Konutuna Sağlanan Koruma ve Aile Konutu Şerhinin Hukuki Niteliği", **MÜHF-HAD**, C. 17, S. 1-2, s. 413-436.

AYBAY Aydın / HATEMİ Hüseyin, **Eşya Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.

BADDELEY Margareta, Art.239-252 CO, **Commentaire Romand, Code des Obligations I, Art.1-529**, Eds. Luc Thévenoz / Franz Werro, Helbing Lichtenhahn, Basel, 2003. ("ComRom.")

BARLAS Nami, "Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Eşler Arası Hukuki İşlem Özgürlüğü ve Sınırları", **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan**, Seçkin, Ankara, 2008, s. 115-143.

BAŞOĞLU Başak, **Mülkiyeti Saklı Tutma Anlaşması,** Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019.

BAUER Christoph, "Unberechtigter Besitz an Fahrnis im Erbgang", **Aktuelle Juristische Praxis (AJP)**, Hrsg. Arnold F. RUSCH, Dike Verlag AG, s. 783-802.

BECKER Hermann (çev. Suat DURA), **İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, İkinci Bölüm: Çeşitli Sözleşme İlişkileri - madde 184-551**, Yargıtay Yayınları n. 24, Ankara, 1993. ("BerKom.")

BELLOIR-CAUX Brigitte, **Le droit des successions et des libéralités en schémas**, Editions Ellipses, Paris, 2016.

BİLGE Necip, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1971.

BUCHER Eugen, **Obligationenrecht Besonderer Teil**, Schulthess, Zürich, 1988.

CAVIN Pierre, **Vente - Echange - Donation, Traité de droit privé suisse**, Volume VII, Tome I, 1, Editions Universitaires Fribourg, Fribourg, 1978.

DEMİRAL Meltem, **Şartlı Bağışlama**, Adalet Yayınları, Ankara, 2011.

DURAL Mustafa / ÖĞÜZ Tufan, **Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku**, 20. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019

DURAL Mustafa / ÖZ Turgut, **Türk Özel Hukuku C. IV, Miras Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016.

EITEL Paul, "Die Vormerkung nach Art.247 Abs.2 OR - konstitutiv oder deklaratorisch?", **Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (ZGBR)**, 73, 1992, Hrsg. Jürg SCHMID, Michel MOOSER, Peter VOSER, Romand SANDMAYR, s. 137-149.

ENGEL Pierre, **Contrats de droit suisse Traité des contrats de la partie spéciale du Code des obligations**, 2. Ed., Staempfli Verlag AG, Berne, 2000.

EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler,** 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.

ERGİN Nuri Taner, "Bir Koşullu Bağışlama Sözleşmesi Türü Olan "Yerine Getirilmesi Bağışlayanın Ölümüne Bağlı Bağışlama"nın Borçlar Hukuku ve Miras Hukuku Hükümleri Açısından İrdelenmesi", **İBD**, C.94, S. 2020/4, s. 221-234.

FEYZİOĞLU Feyzi Necmeddin, **Borçlar Hukuku, İkinci Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri)**, C. I, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 4. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980.

GÜMÜŞ Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. I**, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013. ("Borçlar Özel")

GÜMÜŞ Alper, **Türk Medeni Kanunu'nun Getirdiği Yeni Şerhler**, Birinci Basıdan İkinci Tıpkı Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007. ("Şerhler")

HATEMİ Hüseyin / SEROZAN Rona / ARPACI Abdülkadir, **Eşya Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1991.

HONSELL Heinrich, **Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil**, 8. Ergaenzte und verbesserte Auflage, Staempfli Verlag AG Bern, 2006.

HUGUENIN Claire, **Obligationenrecht - Allgemeiner und Besonderer Teil**, Schulthess Juristische Medien AG, 2012.

İMRE Zahit / ERMAN Hasan, **Miras Hukuku,** 11. Tıpkı Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2015.

JUBAULT Christian, **Droit civil - Les successions, les libéralités**, 2. Edition, LGDJ, Montechrestien, 2010.

KAPANCI Kadir Berk, "Taşınmazlar Üzerindeki Ayni Hakların Anonim Ortaklıklara Ayni Sermaye Olarak Getirilmesinde Türk Ticaret Kanunu'nun 128. Maddesinin İkinci Fıkrası Uyarınca Tapu Siciline Düşülmesi Öngörülen Şerh Kaydı Üzerine Düşünceler", **Tüzel Kişilik Penceresinden Anonim, Ortaklık Sempozyumu - MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi 20-22 Temmuz 2020**, Eds. Havva KARAGÖZ, Beril ÖZCANLI, Seda PALANDUZ, Oniki Levha Yayınları, 2021, s. 55-84. ("Şerh")

KAPANCI Kadir Berk, **Ahlaka Aykırı Bir Fiille Kasten Verilen Zararın Tazmini (TBK 49 II)**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016. ("Ahlaka Aykırılık")

KARAHASAN Mustafa Reşit, **Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri**, Dördüncü Cilt, Beta Yayınları, İstanbul, 1992.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ ARPACI), **Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme**, I. Cilt, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4. Bası, İstanbul, 2008. ("Borçlar Hukuku")

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip, **Miras Hukuku**, 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987. ("Miras Hukuku")

KOLLER Alfred, **Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil**, Staempfli Verlag AG, Bern, 2012.

KUTLUAY Ezgi, **Bağışlama Sözleşmeleri,** Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.

MAISSEN Sandra, **Der Schenkung im schweizerischen Recht**, Universitaetsverlag Freiburg Schweiz, Freiburg, 1996.

MALAURIE Philippe / BRENNER Claude, **Droit des successions et des libéralités**, 8e Edition, LGDJ, 2018.

MINDIZ Emine, **Klasik Dönem Roma Hukukunda Ölüme Bağlı Bağışlama (Donatio Mortis Causa) ve Türk Hukukundaki Görünümü**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi SBE, İstanbul, 2013.

NOMER Halûk Nami / ERGÜNE Serkan, **Eşya Hukuku,** Gözden Geçirilmiş 7. Bası, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2019.

OĞUZMAN Kemal / ÖZ Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C-1**, Güncellenip Genişletilmiş 17. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019. ("C. I")

OĞUZMAN Kemal / ÖZ Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C-2**, Gözden Geçirilmiş 15. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020. ("C. II")

OĞUZMAN Kemal / SELİÇİ Özer / OKTAY-ÖZDEMİR Saibe, **Eşya Hukuku**, 19. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016. ("Eşya Hukuku")

OĞUZMAN Kemal / SELİÇİ Özer / OKTAY-ÖZDEMİR Saibe, **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, 18. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019. ("Kişiler Hukuku")

OLGAÇ Senai, **Bağışlama, Borçlar Hukuku Akdin Muhtelif Nevileri (II)**, Nazari ve Tatbıki Hukuk Eserleri Serisi N.12, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966.

ÖĞÜZ Tufan, "Ölüme Bağlı Bağışlama ve Bu Bağışlamalara Uygulanacak Hükümler", **Prof. Dr. Halid Kemal Elbir'e Armağan**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı, İstanbul, 1996.

ÖZMEN Etem Sabâ / ŞENGÜL Mehmet, **Kentsel Dönüşümde Kat Mülkiyeti Uygulamaları ile Sınırlı Ayni Haklar ve Şerhler**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2018.

ÖZMEN Etem Sabâ / ÜREM Müge, "Bağışlayana Dönme Koşullu Bağışlama Şerhinin Paylı Mülkiyetin Sona Ermesi (İzale-i Şuyu) Davasına İlişkin Sonuçları ve Paya Bağlı İntifa Hakkına Dayalı Olumsuzluklardan Ders Alınamayışı Üzerine Düşünceler", **BAÜHFD**, Y. 2016, C. 11, S. 145-146, s. 265-292.

ÖZTAŞ İlker, **Paylı Mülkiyette Paydaşın Kullanma ve Yararlanma Hakkı**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2011.

PEKCANITEZ Hakan / ATALAY Oğuz / ÖZEKES Muhammet, **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, Gözden Geçirilmiş 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.

PIEDELIEVRE Stéphane, **Successions et libéralités**, Larcier, Bruxelles, 2014.

PULAŞLI Hasan, **Şarta Bağlı İşlemler ve Hukuki Sonuçları**, Dayınlarlı Yayınları, Ankara, 1989.

ROMELLI Stefano, Art.247 OR, **Orell Füssli Kommentar, OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht**, Hrsg. Jolanta Kren KOSTKIEWICZ, Peter NOBEL, Ivo SCHWANDER, Stephan WOLF, 2. Überarbeitete und erweiterte Auflage, Orell Füssli Verlag AG, 2009. ("OFK")

SCHMID Jörg / STÖCKLI Hubert / KRAUSKOPF Frédéric, **OR BT, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil**, Schulthess, Zürich - Basel - Genf, 2016.

SCHÖNENBERGER Beat, Art.247 OR, **CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht**, 2. Auflage, Hrsg. Markus MÜLLER-CHEN, Claire HUGUENIN, Daniel GIRSBERGER, Schulthess Juristsche Medien AG, 2012. ("CHK")

SEROZAN Rona (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI), **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt, İfa - İfa Engelleri - Haksız Zenginleşme, EK: Uygulama Çalışmaları**, Gözden Geçirilmiş 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016. ("İfa Engelleri")

SEROZAN Rona / ENGİN İlkay, **Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları**, Güncellenmiş 5. Baskı, Seçkin, İstanbul, 2018.

SEROZAN Rona, "Aile Konutu Şerhine Değişik Bir Yaklaşım", **Zahit İmre'ye Armağan**, DER Yayınları, İstanbul, 2009, s. 279-288. ("Aile Konutu Şerhi")

SEROZAN Rona, "Mülkiyeti Saklı Tutma Anlaşması ve Teminaten Temlik", **Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı**, 2. Tıpkı Bası, Beta, İstanbul, 2001, s. 987-1014. ("MSTA ve Teminaten Temlik")

SEROZAN Rona, "Taşınır Eşya Mülkiyetinin Devrinde: Ayni Tasarruf Sözleşmesinin Borçlanma Sözleşmesinden Ayrılığı ve Soyutluğu", **Prof. Dr. Tahir Çağa'nın Anısına Armağan**, Beta, İstanbul, 2000, s. 397-412. ("İlkeler")

SEROZAN Rona, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 4. Bası, Yayına Hazırlayanlar: Rona SEROZAN, Başak BAYSAL, Kerem Cem SANLI, Oniki Levha, İstanbul, 2018. ("Borçlar Özel")

SEROZAN Rona, **Eşya Hukuku I**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2015. ("Eşya Hukuku")

SEROZAN Rona, **Medeni Hukuk - Genel Bölüm / Kişiler Hukuku**, 8. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018. ("Medeni Hukuk")

SEROZAN Rona, **Sağlararası İşlem Yoluyla Ölüme Bağlı Kazandırma**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1979. ("Ölüme Bağlı Kazandırma")

SİRMEN Lâle, **Eşya Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013. ("Eşya Hukuku")

SİRMEN Lâle, **Türk Özel Hukukunda Şart**, BATİHAE, Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1992. ("Şart")

TANDOĞAN Halûk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/1**, Tümü Yeniden İşlenmiş ve Genişletilmiş Beşinci Basım'dan Altıncı Tıpkı Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.

TEKİNAY Selâhattin Sulhi / AKMAN Sermet / BURCUOĞLU Halûk / ALTOP Atillâ, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993. ("Borçlar Hukuku")

TEKİNAY Selâhattin Sulhi / AKMAN Sermet / BURCUOĞLU Halûk / ALTOP Atillâ, **Tekinay Eşya Hukuku, C. I, Zilyetlik - Tapu Sicili - Mülkiyet**, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1989. ("Eşya Hukuku")

TERCIER Pierre / FAVRE Pascal G., **Les contrats spéciaux**, 4e édition, Schulthess, Editions Romandes, Genève - Zurich - Bâle, 2009.

TERRE François / LEQUETTE Yves / GAUDEMET Sophie, **Droit civil, Les successions - Les libéralités**, 4. Edition, Dalloz, Paris, 2014.

TONGSİR Ferih Bedii, **Bağışlama**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1955.

TUNÇOMAĞ Kenan, **Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri**, II. Cilt, 3. Bası, Sermet Matbaası, 1977.

UYGUR Turgut, **Açıklamalı - İçtihatlı Borçlar Kanunu Özel Borç İlişkileri**, Dördüncü Cilt (Madde 225-229), Adalet Matbaacılık, Ankara, 1992.

VARDAR HAMAMCIOĞLU Gülşah, **Bağışlama Sözleşmesi**, Adalet Yayınları, Ankara, 2016. ("Bağışlama")

VARDAR HAMAMCOĞLU Gülşah, **Medeni Hukukta Tasarruf İşlemi Kavramı**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2014. ("Tasarruf İşlemi")

VOGT Nedim Peter / VOGT Annaïg L., Art.239-252 OR, **Basler Kommentar, Obligationenrecht I**, Art.1-529 OR, 6. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2015. ("BasKom.")

VON TUHR Andreas (çev. Cevat EDEGE), **Borçlar Hukuku, C. I-II**, Olgaç Matbaası, Ankara, 1983.

WATGEN Monique / WATGEN Raymond, **Successions et Donations**, Promoculture Larcier, Windhof, 2015.

WOLF Stephan, Die Teilung der Erbschaft, Art.602-619 ZGB, **Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Berner Kommentar**, Hrsg. Heinz HAUSHEER, Hans Peter WALTER, Staempfli Verlag AG, Bern, 2014. ("BerKom.")

YAVUZ Cevdet / ACAR Faruk / ÖZEN Burak, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler,** Güncellenmiş ve Yenilenmiş 9. Baskı, Beta, İstanbul, 2014.

YILMAZ Merve, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ile Karşılaştırmalı Olarak Bağışlama Sözleşmesinin Sona Ermesi**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2011.

ZEVKLİLER Aydın / GÖKYAYLA Emre, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 20. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020.

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2021; 1: 913-930

İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİ'NİN SÖZLÜ VASİYETNAMEYE İLİŞKİN BİR KARARI (TF 5A_236/2017, ATF 143 III 640) ÜZERİNE KISA BİR DEĞERLENDİRME(*)

Doç. Dr. **Kadir Berk KAPANCI**(**)

Öz: Olağanüstü nitelikteki sözlü vasiyetname TMK m.539-541 (İsvMK m.506-508) arasında düzenlemesi olan -şekli anlamda- bir ölüme bağlı tasarruf türüdür. Sözlü vasiyetnameye, olası kötüye kullanımları önlemek amacıyla, sadece olağanüstü şartlarda ve istisnai olarak başvurulabilir. Son derece istisnai özellik taşısa da bu kurumun ana maksadı bellidir, özel ve istisnai durumlarda dahi, ölüme bağlı tasarrufta bulunan son dileklerini açıklayabilmesini ve bu açıklamalara sonuç bağlanabilmesini sağlamak. İsviçre Federal Mahkemesi 2017 yılında verdiği 5A_236/2017 sayılı kararında sözlü vasiyetnameye ilişkin ilginç bir olayı inceleme merceğine almıştır. İşbu çalışmamız, belirtilen kararda ele alınan hususlar ve varılan sonuçlar ışığında, sözlü vasiyetnameye ilişkin değerlendirmeler yapılmasını amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler: Sözlü Vasiyetname, Ölüme Bağlı Tasarruf, Resmi Vasiyetname, Geçerlilik Şekli, Ölüme Bağlı Tasarrufun İptali.

THOUGHTS ON A SWISS FEDERAL COURT'S AWARD (TF 5A_236/2017, ATF 143 III 640) WITH REGARD ORAL WILL

Abstract: Oral will (Turkish Civil Code Arts. 539-541/ Swiss Civil Code Arts. 506-508) is an exceptional form of disposition mortis causa (testamentary disposition).

(*) Makale Gönderim Tarihi: 01.04.2021. Makale Kabul Tarihi: 29.04.2021.

(**) MEF Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı (ORCID no: 0000-0002-6540-5872; *kapancib@mef.edu.tr*).

A testator is only entitled to draw up this type of will in extraordinary circumstances, with specific validity requirements to prevent potential misuse. Though the option of oral will is highly exceptional, the purpose of these provisions regarding oral will is crystal clear: To ensure that even in extreme circumstances that may take place in the flow of life, the testator can easily express his/her binding last wishes in accordance with the principle of freedom of making a will. The Swiss Federal Court, in its award dated 2017 and numbered 5A_236 / 2017 brought an interesting case regarding the oral will into its focus. This study aims to make some evaluations with relation to oral will, in the light of the issues addressed and the conclusions reached in the said award.

Keywords: Oral Will, Disposition Mortis Causa, Will by Public Deed, Validity Form, Annulation of Dispositions Mortis Causa.

GİRİŞ

Sözlü vasiyetname[1] (*Testament oral, mündliches Testament / mündliche letztwillige Verfügung, Testamento orale*), TMK m.539-541 arasında düzenlemesi olan -şekli anlamda- bir ölüme bağlı tasarruf türüdür. Sözlü vasiyetnameye, sadece olağanüstü şartlarda ve istisnai olarak başvurulabilir. Maksat bellidir, bu türden durumlarda dahi, ölüme bağlı tasarrufta bulunan son dileklerini açıklayabilmesini ve bu açıklamalara sonuç bağlanabilmesini sağlamak.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin sözlü vasiyetnameyle ilgili çok fazla kararı bulunmamaktadır[2]. Mahkemenin aşağıda ele alacağımız 11 Aralık 2017 tarihli ve 5A_236/2017 sayılı kararında[3], sözlü vasiyetname şartlarının nor-

---

1 Kanundaki düzenlemede "*sözlü vasiyetname*" terimi yerine "*sözlü vasiyet*" teriminin kullanıldığı görülmektedir. Biz burada kavramı -bir şekli anlamda ölüme bağlı tasarruf türü olarak- daha doğru ifade ettiğini düşündüğümüz için, öğretinin çoğunluğunun da benimsediği "*sözlü vasiyetname*" terimini kullanmayı tercih ediyoruz. Bkz. yine bu yönde ÇABRİ Sezer, **Miras Hukuku Şerhi (TMK m.495-574) Cilt I,** Oniki Levha, İstanbul, 2018, s. 588; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip, **Miras Hukuku,** 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987, s. 219; KAYAK Sevgi, "Türk Hukukunda Sözlü Vasiyetname", **İÜHFM,** C. LVIII, S. 1-2, s. 189-220, s. 197; DURAL Mustafa / ÖZ Turgut, **Türk Özel Hukuku Cilt IV - Miras Hukuku,** Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016, s. 91; İMRE Zahit / ERMAN Hasan, **Miras Hukuku,** 11. Tıpkı Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2015, s. 91; SEROZAN Rona / ENGİN Baki İlkay, **Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları,** 5. Baskı, Seçkin, İstanbul, 2018, s. 332; ANTALYA Gökhan (Yayına Hazırlayanlar: Gökhan ANTALYA, İpek SAĞLAM), **Miras Hukuku, Marmara Hukuk Yorumu Cilt III**, Genişletilmiş 4. Baskı, Seçkin, İstanbul, 2019, s. 177; YILDIRIM Abdülkerim, "Sözlü Vasiyetname", **TAAD**, Y. 5, S.16, 2014, s. 209-229, s. 210.

2 Aynı yöndeki tespiti için bkz. LEUBA Audrey, "Action en annulation d'un testament oral (art.519 CC)", **successio,** 2019, s. 128-130, s. 128.

3 Karar metni için bkz. ATF 143 III 640 vd., https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F143-III-640%3Ade&lang=de&zoom=&type=show_document (Son Erişim Tarihi: 20 Mart 2021).

mal olarak düşünülenden daha farklı gerçekleştiği bir olay kurgusu, çeşitli hukuki değerlendirmelere tabi tutulmuştur. Bu yönüyle, kararın incelemeye değer bir özellik arz etmekte olduğu rahatlıkla söylenebilir.

Ayrıca içinde bulunduğumuz, bir süredir devam eden *COVID-19 (Koronavirüs) Pandemisi* günlerinde sözlü vasiyetnamenin gündeme gelme olasılığının "normale" göre artış gösterebileceği gerçeğinin de, konunun ele alınmasına ve bu karar vesilesiyle hatırlanmasına özel bir anlam katacağı ifade edilebilir[4].

Aşağıda öncelikle karara konu olan olayın özeti (**I**) verilecek, akabinde farklı derecelerdeki mahkemelerin ve özellikle ayrıntılı olarak Federal Mahkeme'nin konuyla ilgili yaklaşımları (**II**) aktarılacak, son olarak da kararda ulaşılan sonuçlar bakımından bir değerlendirme (**III**) yapılacaktır.

I. KARARA KONU OLAN OLAYIN ÖZETİ

2011 yılının Şubat ayında tespit edilen bir akciğer rahatsızlığından (akciğer sertleşmesi [pulmoner fibrozis], *fibrose pulmonaire*) mustarip olan 1945 doğumlu D.A., 15 Haziran 2011'de (Çarşamba günü) hastaneye kaldırılır. Ertesi gün, yani 16 Haziran 2011'de (Perşembe günü) ise mevcut durum daha kötüleşir ve D.A. yoğun bakım servisine sevk edilir. İzleyen gün, yani 17 Haziran 2011'de (Cuma günü) durumunun gidişatına ve hastalığının daha da ağırlaşmasına bağlı olarak akciğer solunum desteği ünitesine (oksijen maskesi) bağlanır. Söz konusu günkü hasta bakım akış çizelgesi dahilinde D.A.'nın, konuşamamakta olduğu sadece jestler (el-kol hareketleri, işaretleri) aracılığıyla dışarıyla iletişim kurabildiği tespit edilmiştir. Bu arada yine ilgili çizelgeden, D.A.'ya, durumuna bağlı olarak, sabah 9.00 itibariyle *Temesta* (bir tür sakinleştirici), saat 13.00 itibariyle de morfin verildiği görülmektedir[5].

Aynı gün, yani 17 Haziran 2011'de fiili birliktelik yaşadığı hayat arkadaşı (partneri) C.'ye, arkadaşları E. ve F. ile iletişime geçmesini, onların derhal yanına gelmelerini istediğini belirtir. Yalnız bunu yaparken, özel olarak bir amaç belirtmesinde de bulunmaz. D.A.'nın halihazırdaki durumunda, ölümünden

---

Yine ayrıca bkz. https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/aza/http/index.php?highlight_docid=aza%3A%2F%2F11-12-2017-5A_236-2017&lang=de&type=show_document&zoom=YES& (Son Erişim Tarihi: 20 Mart 2021).

4 Benzer yönde bkz. AKKANAT Elif Beyza, "Korona (COVID-19) Günlerinde Sözlü Vasiyet(name)", https://blog.lexpera.com.tr/korona-covid-19-gunlerinde-sozlu-vasiyet-name/ (Son Erişim Tarihi: 20 Mart 2021).

5 *Faits* (Olay) para. A.

önce son dileklerini ifade ettiği bir ölüme bağlı tasarrufu henüz düzenlememiş olduğunu bilen E. ve F., D.A.'nın kendilerinden olan bu ziyaret isteğini, onun bir ölüme bağlı tasarruf düzenlemek amacı dahilinde olduğunu düşünürler. Öyle ki F. bu çerçevede bir noterle (G.) de iletişime geçer. Bununla birlikte F'nin iletişime geçtiği noter G., o gün müsait durumda bulunmadığını belirtir ve F.'ye, onun aktardığı şartlar dahilinde, sözlü bir vasiyetname düzenlenebilmesi yoluna gidilebileceğini aktarır. F.'den aldığı bilgiler dahilinde, D.A.'nın daha önceki (sona ermiş olan) evliliğinden çocuklarının da olduğunu gözeten noter G., F.'ye D.A.'nın yasal mirasçılarının saklı payları ve terekesi bakımından sahip olduğu serbest tasarruf oranı üzerine de çeşitli açıklamalarda bulunur. F., noter G. ile yaptığı bu konuşma sırasında bir kenara, özellikle D.A.'nın terekesinin ¼'lük oranı bakımından serbestçe tasarrufta bulunabileceği bilgisini de kapsayan çeşitli notlar alır. F., E.'yle birlikte aynı gün içinde saat 11.00 sularında hastaneye ulaşır ve aldığı notlar üzerinden D.A.'ya sözlü vasiyetnamenin nasıl yapılabileceği ve yine ne oranda ölüme bağlı tasarruf serbestisinin bulunduğu ile ilgili açıklamalarda bulunur. Tespit edilebildiği kadarıyla bu açıklamalar birkaç dakikalık bir süre içinde verilmiştir. Bilinci tam anlamıyla ve dört dörtlük şekilde yerinde olan D.A., yaptığı işaretlerle/jestlerle böyle bir sözlü vasiyetnameyi yapmak istediğini belirtir ve hayat arkadaşı C.'yi terekesinin ¼'ü bakımından iradi mirasçısı olarak belirler. Bu görüşme birkaç dakika kadar sürmüştür. Aynı günün (17 Haziran 2011) öğleden sonrasının erken saatlerinde F., E.'nin de eşliğinde D.A.'nın sabahleyin kendisine aktardığı (ölümünden önceki son) isteklerini yazıya döker, akabinde de hem F. hem de E. bu belgeyi imzalarlar ve yetkili makama (*Justice de paix de Lavaux-Oron, [Lavaux-Oron Sulh Mahkemesi]*) teslim etmek üzere harekete geçerler. Yetkili makam, o sırada kapalı olduğundan, F. ve E. izleyen pazartesi gününü beklerler ve 20 Haziran 2011'de evrakı sözü geçen makama teslim ederler[6].

Bu arada D.A., 18 Haziran 2011 (Cumartesi) günü vefat eder. 4 Temmuz 2011 günü, D.A.'nın yatırıldığı yoğun bakım servisi sorumlusu doktor, verdiği ifadesinde, D.A.'nın ölümü anına kadar zihinsel bakımdan sağlıklı, yine beyin kapasitesinin yerinde ve buna bağlı yetilerin de tam olduğu, ilgili bağlamda ölüme bağlı son isteklerini açıklarken bilincinin yerinde bulunduğu, buna karşılık bunları yazıya dökebilecek bir durumda da olmadığı değerlendirmelerinde bulunmuştur[7].

---

6 *Faits* (Olay) para. Aa.

7 *Faits* (Olay) para. Ab.

22 Ağustos 2011'de, Lavaux-Oron Sulh Mahkemesi hâkimi, E. ve F. tarafından imzalı olarak mahkemeye iletilen yazılı evrakı onaylar[8].

II. İLK DERECE MAHKEMESİNİN, KANTON MAHKEMESİNİN VE FEDERAL MAHKEME'NİN KONUYLA İLGİLİ YAKLAŞIMLARI

D.A.'nın kızları (altsoyu) A.A ve B.A., Vaud Kantonu'nda bulunan ***ilk derece mahkemesine*** (*Chambre patrimoniale cantonale vaudoise*) başvuruda bulunarak C.'ye karşı dava açmış ve ilgili (sözlü) vasiyetnamenin hükümsüzlüğünün tespitini, bu mümkün değilse iptalini istemişlerdir. İlk derece mahkemesi, 3 Mayıs 2016'da davacıların bu talebini kabul etmiş ve müteveffa D.A.'ya ait sözlü vasiyetnamenin, gerekli geçerlilik şartlarını taşımadığı gerekçesiyle iptaline karar vermiştir[9].

Verilen karara karşı, D.A.'nın hayat arkadaşı C., ***Vaud Kantonu Kanton Mahkemesi*** (*Tribunal cantonal du canton de Vaud*) önünde 23 Eylül 2016'da kanun yoluna başvurmuştur. Kanton Mahkemesi ise, taraflara 2 Mart 2017 tarihinde tebliğ edilen 2 Aralık 2016 tarihli kararında, ilk derece mahkemesinin hükmünü kaldırarak D.A.'ya ait 22 Ağustos 2011 tarihinde Lavaux-Oron Sulh Mahkemesi tarafından onaylanan sözlü vasiyetnamenin geçerli olduğuna hükmetmiştir[10].

Bunun üzerine, bu kez de D.A.'nın kızları A.A. ve B.A., ***Federal Mahkeme*** (*Tribunal fédéral*) nezdinde, Kanton Mahkemesi kararının bozulması için 27 Mart 2017'de kanun yolu başvurusunda bulunmuşlar, Kanton Mahkemesi tarafından verilen kararın bozulmasını ve sözlü vasiyetnamenin hükümsüzlüğünün tespitini, bu mümkün değilse iptalini talep etmişlerdir. Federal Mahkeme'nin 2. Hukuk Dairesi (*IIe Cour de droit civil*) ise, 11 Aralık 2017 tarihli kararıyla, aşağıda ayrıntılarına yer verilecek gerekçeler dahilinde, Kanton Mahkemesinin kararını yerinde bulmuş ve A.A. ve B.A. tarafından yapılan kanun yolu başvurusunu reddetmiştir[11].

---

8 *Faits* (Olay) para. Ac.

9 *Faits* (Olay) para. B.

10 *Faits* (Olay) para. Ba, Bb.

11 *Faits* (Olay) para. C; *Droit* (Hukuk), para. 4.4, 5.

Mahkemenin, değerlendirmesinde vardığı sonuçlar şu şekilde özetlenebilir[12]:

- Sözlü vasiyetname, ancak çok sıkı bazı şartlarla kabul edilebilecek, özel olarak *i)* olağan şekillerde vasiyetname (el yazılı veya resmi vasiyetname) yapılmasının imkân dahilinde olmadığı ve ancak *ii)* istisnai durumlarda (bkz. İsvMK m.506/f.1 / TMK m.539/f.1'de örneklendirici mahiyette sayılan durumlar) başvurulabilecek, olağan dışı (şekli anlamda) bir ölüme bağlı tasarruftur (Ayrıca bkz. ATF 77 II 216[13]). Somut olayda ölüme bağlı tasarrufta bulunanın sağlık durumunun, aniden ölümüne sebep olabilecek tarzda, süratle kötüye gitmesi -ki işlemin tam ertesi günü ölüm sonucu gerçekleşmiştir- öngörülemez ve istisnai bir özellik taşıdığı söylenebilir.

- Sözlü vasiyetnamenin geçerli olarak yapılabilmesi için, kümülatif olarak aranacak bu iki maddi şartın yanı sıra bazı özel şekli şartlara tabi tutulduğu da gözden kaçırılmamalıdır (ayrıca ve özel olarak bkz. Federal Mahkeme'nin 5A_247/2009[14] ve 2C_148/2008[15] sayılı kararları): Sözlü vasiyetname iradesi, aynı zaman dilimi dahilinde mevcut bulunacak iki tanık huzurunda (bu konuda (bkz. İsvMK m.506/f.2 / TMK m.539/f.2 ve ayrıca ATF 104 II 68[16] para. 2e) son istekler açıklanmalı, akabinde ise ölüme bağlı tasarrufta bulunanın aktardığı dilekleri, tanıklardan biri tarafından yazıya dökülüp, vasiyetnamenin yapıldığı (yoksa yazıya geçirildiği yer değil) yer ve tarih eklenip her iki tanıkça da imza altına alınmalıdır (bkz. İsvMK m.506/f.2 / TMK m.539/f.2). Şekil konusunda, belirtilen unsurlardaki bir eksiklik, kural olarak sözlü vasiyetnamenin iptali sonucuna yol verecektir (bkz. ATF 104 II 68 para. 2e; İsviçre Federal Mahkemesi'nin 2C_148/2008 sayılı kararı para. 2.2.1). Bu noktada tarihteki eksiklikler konusuna özel olarak değinilmelidir. Sözlü vasiyetnamenin şekil içeriğine dahil olan unsurlardan tarih, hâkimin ölüme

---

12 Ayrıca ve özellikle bkz. *Droit* (Hukuk), para. 3, 4.2, 4.3 ve 4.4.

13 Bu karar için bkz. https://www.servat.unibe.ch/dfr/pdf/c2077216.pdf (Son Erişim Tarihi: 20 Mart 2021).

14 Bu karar için bkz. https://www.servat.unibe.ch/Dfr/bger/2009/090529_5A_247-2009.html (Son Erişim Tarihi: 20 Mart 2021).

15 Bu karar için bkz. https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/aza/http/index.php?highlight_docid=aza%3A%2F%2F29-07-2008-2C_148-2008&lang=fr&type=show_document&zoom=YES& (Son Erişim Tarihi: 20 Mart 2021).

16 Bu karar için bkz. https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/aza/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F104-II-68%3Afr&lang=fr&type=show_document&zoom=YES& (Son Erişim Tarihi: 20 Mart 2021).

bağlı tasarrufta bulunan kişinin işlem anında fiil ehliyetinin (özel olarak ölüme bağlı tasarruf ehliyetinin) varlığının saptanması ve ortada aynı kişiye ait birden fazla ölüme bağlı tasarruf bulunduğunda bunlar arasında öncelikli olanın belirlenmesi açılarından özel önem taşımaktadır (ayrıca bkz. 5A_666/2012[17] para. 3.2). Bununla birlikte, eğer sözlü vasiyetnamenin şekilsel içeriğinde tarih unsuru eksik ve fakat bu unsur vasiyetname dışındaki unsurlardan/olgulardan (*externa*) çıkarsama yoluyla tamamlanabiliyorsa, işlemin yargısal iptaline yer olmaz.

- Somut olayın koşulları dahilinde, D.A. ağırlaşan durumu ve kendisini beklemekte olan yakın ölüm tehlikesi de gözetildiğinde, F.'nin sadece bir noterle (G.) ile görüşmüş, onun uygunluk durumu olmadığını öğrendiğinde ise Vaud Kantonu'nda bulunan (sayıları 100'ü bulan) diğer noterlere ayrıca başvurmamış olması bir eksiklik olarak görülmemelidir. Diğer bir deyişle, resmi vasiyetname yapılabilmesi (İsvMK m.499 vd. / TMK m.532 vd.) olay koşulları dahilinde objektif olarak imkânsız gözükmektedir. Bu bakımdan başvurulabilecek yegâne yol sözlü vasiyetnamedir (İsvMK m.506 et. vd. / TMK m.539 vd.).

- Yine somut olay dahilinde, tanıklardan F. tarafından, noterle yapılan görüşmeye istinaden alınmış olan notların D.A.'ya okunması dahilinde D.A.'nın son dileklerini jestler yardımıyla ifade etmesinde şekli anlamda kuşku duyulacak bir husus bulunmamaktadır. Sonuçta kanun bu konudaki iradenin mutlaka sözel yoldan (*expression verbale*) açıklanması gereğine işaret etmemektedir. Önemli olan, ölüme bağlı tasarrufta bulunanın (somut olayda vasiyetçinin), işlem yapılırken bilincinin ve akıl sağlığının yerinde olmasıdır, yoksa iradenin mutlaka sözlü olarak ifadesi gereği özel olarak gözetilmemiştir. Eğer ölüme bağlı tasarrufta bulunanın işlem anında, işlem iradesine (özel olarak *animus testandi*) sahip olduğu söylenebiliyorsa, bu kâfidir. Ancak kişi, ölüme bağlı tasarruf içeriğini bilinçli olarak istemeli ve bu konudaki iradesi herhangi bir suretle de sakatlanmamış olmalıdır.

- Sözlü vasiyetnamenin tanıkları, öngörülen prosedüre uyarak ölüme bağlı tasarrufta bulunanın son dileklerini yazıya döküp imzaladıktan sonra, hazırladıkları evrakı vakit kaybetmeksizin ilgili yargı makamına (*Justice de paix*) iletmekte yükümlüdürler. Tanıklar, bunların yanı sıra, ölüme bağlı tasarrufta bulunanın işlem anında ayırt etme gücünü haiz olduğunu

[17] Bu karar için bkz. https://www.servat.unibe.ch/dfr/bger/2013/130703_5A_666-2012.html (Son Erişim Tarihi: 20 Mart 2021).

belirtmeli (bkz. İsvMK m.507/f.1 / TMK m.540/f.1; İsviçre Federal Mahkemesi'nin 5A_247/2009 sayılı kararı para. 3) ve işlemin yapılmasına vücut veren, olağan şekillerden birinde vasiyetname düzenlenmesine engel olan istisnai koşulları tasvir etmelidirler (bkz. ATF 77 II 216).

- Somut olayda, tanıklar yazıya geçirdikleri evrakta, sözlü vasiyetnamenin yapıldığı yer ve zamanını yeter derecede gösterir şekilde (ifadelerine göre "*D.A.'yı 17 Haziran 2011 günü U.'da bulunan H Kliniği'nin yoğun bakım servisinde ziyaret ettiklerinde*") hareket etmişlerdir.
- Kanun bunlardan başka, sözlü vasiyetnamenin yapılmasına neden olan istisnai şartların tanıklar tarafından hazırlanacak yazılı evrakta gösterilmesini aramamıştır. Bu şartlar özel olarak evrakı teslim alacak yetkili makam açıklanmalı, yetkili makam da bunları yapacağı sözlü duruşmada kayıt altına almalıdır.
- Sözlü vasiyetname şartları somut olayda gereği gibi yerine getirildiğinden davacıların başvurularının reddi gerekir.

III. DEĞERLENDİRME

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu kararı, sözlü vasiyetname bağlamında verilmiş nadir kararlardan bir tanesidir. Kararın onu daha da ilginç kılan yanı ise, ölüme bağlı tasarrufta bulunan kişinin (somut olayda D.A.) kendi iradesini doğrudan doğruya ve tek başına oluşturarak ortaya koymamış ve fakat bir başkasının (somut olayda F.'nin) aktarımına onay vermekle yetinmiş olmasıdır.

Zaten -geçici olarak gündeme gelecek- olağandışı şartlarda[18,19] başvurulabilecek bir ölüme bağlı tasarruf şekli olan sözlü vasiyetnamede "alışılage-

---

[18] Ayrıca bkz. COTTI Fiorenzo / GYGAX Evelyne, **Commentaire du droit des successions, (art.457-640 CC; art.11-24 LDFR)**, Reihe SHK - Stämpflis Handkommentar (Hrsg. Antoine EIGENMANN, Nicolas ROUILLER), Stämpfli Verlag AG, 2012, Art.506 CC, N. 1, 6; BREITSCHMID Peter, "Arts. 505-511 ZGB", **Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, I, Art.457-977 ZGB, Art.1-61 Schlt ZBG**, 5. Auflage, Hrsg. Heinrich HONSELL, Nedim Peter VOGT, Thomas GEISER, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2015, Arts 506-508 ZGB, N. 1; LEUBA Audrey, "Arts. 498-508 CC", **Commentaire Romand, Code Civil II, Arts. 457-977 CC, Arts. 1-61 Tit. Fin. CC**, Eds. Pichonnaz, Pascal, Foëx, Bénédict, Piotet, Denis, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2016, Arts. 506-508 CC, N. 6, 8; GUINAND Jean / STETTLER Martin / LEUBA Audrey, **Droit de successions,** 6. Edition, Schulthess Juristische Medien AG, 2005, s. 142; SEROZAN/ENGİN, s. 331; İMRE/ERMAN, s. 92; DURAL/ÖZ, s. 91; ANTALYA, s. 177; KAYAK, s. 202; HATEMİ Hüseyin, **Miras Hukuku,** 7. Bası, Oniki levha, İstanbul, 2018, s. 105; ÖZTAN Bilge, **Miras Hukuku (Tablo ve Örneklerle),** Sekizinci Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017, s. 205; YILDIRIM, s. 212; JACOT-GUILLARMOD Emilie, "Le testament oral", www.lawinside.ch/547/ (Son Erişim Tarihi: 20 Mart 2021); AKKANAT**.**

len", adı üzerinde, tasarrufta bulunan bu iradesini sözlü olarak iki tanık önünde[20] (eş zamanlı olacak şekilde) aktarmasıdır[21]. Bununla birlikte, öğretide ilgili irade beyanının ortaya koyulmasında başka bir yolun benimsenmiş

---

[19] Türk Hukukunda bu olağandışı şartlar, TMK m.539/f.1'de *"yakın ölüm tehlikesi, ulaşımın kesilmesi, hastalık, savaş gibi olağanüstü durumlar"* olarak ifade edilmiştir. *"Gibi"* teriminin kullanılmasından da anlaşılacağı üzere, bu durumlar sınırlı sayıda değildir, ilgili hükümde sayma örnek mukabilinden yapılmıştır. Ayrıca bkz. ÇABRİ, s. 598; İMRE/ERMAN, s. 92; DURAL/ÖZ, s. 93; ÖZTAN, s. 205.

Somut olay özelinde bakıldığında, İsviçre Federal Mahkemesi hükmünü kurarken, yakın ölüm tehlikesi olağanüstü durumunu dikkate alarak değerlendirmelerde bulunmuştur. Türk Hukukundan farklı olarak İsviçre Hukukunda hastalığın, salgın bir hastalık olması gerekmektedir (Bkz. ve karş. İsvMK m.506: "*épidémie*" / *"epidemie"* / *"epidemia"*). Bu arada şu da ayrıca ifade edilmelidir, TMK m.539'un eski versiyonunu oluşturan eMK m.486'da da mehazla benzerlik arz eder şekilde hastalığın bulaşıcı bir hastalık olması aranmakta idi. Son durumda, TMK'da sözlü vasiyetname yapılma halleri bir nebze daha genişletilmiş görünmektedir. Ayrıca bkz. DURAL/ÖZ, s. 92.

Kimi yazarlar, bu durumu olumlu karşılamaktadır. Bkz. KAYAK, s. 208.

Bu arada hükümde bu yönde herhangi bir açıklık olmasa da Türk Hukukunda bazı yazarlar hastalığın (yakın olmasa bile) ölüm tehlikesine yol açmasının, diğer bazı yazarlar da ağır bir hastalık olmasının zorunlu bir ek unsur olarak aranması gerektiğini ifade ederler. Bkz. ve karş. ÇABRİ, s. 596; İMRE/ERMAN, s. 94.

Bu arada bugün, aynı (karara konu olan) somut olayda Türk Hukuku tatbik edilse idi, hastalık ve yakın ölüm tehlikesi durumlarının bir arada gerçekleşmiş olduğu söylenebilirdi.

Ölüm tehlikesinin yakın olup olmadığının tespit edilmesinde hem objektif hem de sübjektif kriterler dikkate alınmaktadır. Dolayısıyla, sözlü vasiyetnamenin düzenlenme anında (yoksa sonradan öğrenilen olgular değil), hayat tecrübeleri dahilinde ölüm tehlikesine yakın olarak bakılmasını haklı gösterebilecek bulguların varlığı sabit olmalıdır. Bkz. ÇABRİ, s. 592; İMRE/ERMAN, s. 93; DURAL/ÖZ, s. 92; ANTALYA, s. 177; ÖZTAN, s. 205; YILDIRIM, s. 213; COTTI/GYGAX, **Com. Suc.,** Art.506 CC, N. 7; BREITSCHMID, **BasKom.,** Arts 506-508 ZGB, N. 1.

Ölüm tehlikesinin kesin olmasına lüzum yoktur, kuvvetle muhtemel olması kâfi gelecektir. Bkz. KAYAK, s. 204.

Bu arada Yargıtay, yakın ölüm tehlikesinin varlığı noktasında oldukça titiz hareket etmekte, tehlikenin "ani" olmasını özel olarak aramaktadır. Buna göre sabah saatlerinde kalp krizi geçiren bir kişinin saat 9.30'da sözlü vasiyetname yapmış ve akabinde saat 11.00'da ölmüş olduğu bir olay kurgusunda, Yargıtay kalp krizi anı ile ölüm anı arasındaki sürenin "uzun" olduğuna kanaat getirmiş, ayrıca bu süre dahilinde kişinin hastaneye kaldırıldığı yerde çok sayıda noter bulunmasının (ve dolayısıyla resmi vasiyetname yapılabilir olmasının) sözlü vasiyetname yapılabilmesi şartlarının gerçekleşmesine mâni olacağını kaydetmiştir. Bkz. Yarg. 2. HD., E. 3426, K. 3615, T. 10.06.1963. Karar içeriği için ayrıca bkz. ÇABRİ, s. 593; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 221; DURAL/ÖZ, s. 91; YILDIRIM, s. 214, dn. 27.

[20] Esas itibariyle tanıkların vasiyetçiye karşı bir tür vekâlet edimini üstlendikleri söylenebilir. Bkz. LEUBA, **ComRom.,** Arts. 506-508 CC, N. 16.

[21] COTTI/GYGAX, **Com. Suc.,** Art.506 CC, N. 8; BREITSCHMID, **BasKom.,** Arts 506-508 ZGB, N. 4; LEUBA, **ComRom.,** Arts. 506-508 CC, N. 15; ÇABRİ, s. 599; İMRE/ERMAN, s. 94; DURAL/ÖZ, s. 93; ANTALYA, s. 177; KAYAK, s. 210; TURAN Gamze, **Ölüme Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s. 91.

olmasına, örnek olarak işaret diliyle yahut da bu düzeye varmayan basit hareket ve jestlerle irade açıklamasında bulunulmasına da karşı çıkılmamaktadır[22]. Yeter ki, bu şekillerde de anlam yeter derecede, şüpheye mahal kalmaksızın çıkarılabilir olsun[23]. Ayrıca somut olaydaki gibi, sözlü olarak iradesini açıklamak bakımından (geçici yahut kalıcı suretle), ciddi bir sağlık engeli bulunan kişiler bakımından bu imkânın tanınmıyor olması zaten zor durumda bulunan kişiyi iyiden iyiye içinden çıkılamaz bir açmaza sürüklemiş olacaktır. Benzer şartlar altında bulunup konuşma yetisini muhafaza eden bir kişiye bu şans tanınırken, konuşamayana böyle bir şansın verilmemesi eşitlik ilkesi çerçevesinde de kolaylıkla açıklanabilir olmaz.

Ancak burada (somut olay özelinde) esas itibariyle soru işareti yaratabilecek nokta, iradenin sözlü olarak ortaya koyulmamış olması değildir. Bundan başka şöyle bir durumun varlığı daha söz konusudur: Davaya konu olan olayda, ölüme bağlı tasarrufta bulunan kişi doğrudan kendi iradesini ortaya koymamış, bir başkasının açıklamalarına onay göstererek hareket etmiştir[24]. Acaba iki durum (kişinin iradesini doğrudan işaretlerle açıklaması ve kendisine yapılan açıklamayı salt olarak onaylaması) arasında bir farklılık yaratılması anlamlı olur mu?

Belirtilmelidir ki, anılan iki durum arasında özel olarak farklılık yaratılmasına meydan verecek bir gerekçe bulunmamaktadır. Federal Mahkeme'nin bu yöndeki tespiti gayet haklıdır. Sonuçta, her iki durumda da irade, ölüme bağlı tasarrufta bulunana (somut olayda vasiyetçiye) ait olacaktır. Yani, bir başkasının ileri sürdüğü fikri benimseyen ve iradesini bu çerçevede serdeden bir kimse son tahlilde zaten kendi iradesini (özel olarak *animus testandi*) ortaya koymuş olmaktadır[25,26]. Yoksa burada kişiye karşı dayatma, seçim şansı

---

22 COTTI/GYGAX, **Com. Suc.,** Art.506 CC, N. 8; BREITSCHMID, **BasKom.,** Arts 506-508 ZGB, N. 5; LEUBA, **ComRom.,** Arts. 506-508 CC, N. 15; WOLF Stephan, "Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2017", **ZBJV**, 154/2018, s. 405-419, s. 409; ÇABRİ, s. 600; KAYAK, s. 210.

Aksi görüşte bkz. DURAL/ÖZ, s. 93; İMRE/ERMAN, s. 94. Yazarlar, iradenin mutlak olarak sözlü şekilde açıklanması gereğine işaret ederler. Bağlı metinde belirttiğimiz gerekçelerle bu son düşünceye katılamadığımızı ifade etmek isteriz.

23 WOLF, s. 409.

24 Ayrıca bkz. LEUBA, **Testament Oral,** s. 128-130, s. 130.

25 LEUBA'ya (**Testament Oral,** s. 130) göre, buradaki durumla resmi şekilde düzenlenen vasiyetname arasında da bir eğretileme yapılabilir: Nihayetinde noter, ölüme bağlı tasarrufta bulunanın iradesini dinleyip, resmi vasiyetnameyi re'sen düzenledikten sonra, tasarrufta bulunan hazırlanan evrakı imza ederek -yani onayını göstererek- işlemin vücuda gelmesini sağlamaktadır.

vermeme yahut kandırmada bulunulması olguları mevcut değildir, eğer böyle bir durum olsaydı, bir irade sakatlığının (örnek olarak ikrah veya hile) varlığından söz açılabilirdi, bunlar sözlü vasiyetnamenin iptalini gerektirebilirdi[27]. Yine ortada bir karar delegasyonunun varlığından da söz açılamayacaktır, eğer böyle bir durum söz konusu olsaydı karar delegasyonu yasağının[28] -şartlara göre belki- hukuka aykırılık nedeniyle[29] sözlü vasiyetnamenin iptaline yol açabileceği söylenebilirdi. Oysa, somut olayda D.A. kendi kararını tamamıyla kendisi vermiştir, F.'ye bu yönde bir yetkilendirme yapmamıştır.

Şu da var ki, böyle bir araştırmaya girilmesi ve vasiyetçinin verdiği onayın kuşkuya yer bırakmayacak şekilde bir irade beyanına vücut verdiğinin titizlikle tespit edilmesi pek tabii çok önemlidir. Böylesi, vasiyetçinin son arzularının gerçek anlamda hayata geçirilebilmesini temin edecek ve onun sahip olduğu malvarlığı değerlerinin kaderini ölümünden sonraki zaman bakımından serbestlik içinde tayin edebilmesinin pekiştiricisi olacaktır[30].

Biz yazarın yaptığı bu eğretilemeye şu yönden katılamıyoruz: Noterde re'sen düzenlenen resmi vasiyetname, ölüme bağlı tasarrufta bulunan iradesini zaten açıkladıktan sonra hazırlanmakta ve birebir onun açıkladığı iradesini yansıtmaktadır, yani evrakın imzalanması yazılanın onayıdır belki ama irade çok daha evvelki bir aşamada zaten açıklanmıştır. Oysa, dava konusu somut olayda, D.A. iradesini ilk elde açıklamamış, sadece -ilk defa duyduğu- F.'nin açıklamalarını onaylamıştır.

26 Belki bir tek, verilen "onayın" başlı başına dört başı mamur bir bir irade beyanı özelliği taşıyıp taşımadığına özel olarak konsantre olunabilir. Yine bkz. LEUBA, **Testament Oral,** s. 130.

27 Ayrıca bkz. JACOT-GUILLARMOD.

28 Kaldı ki bugün modern eğilimlerin, *favor testamenti* ilkesi ışığında ölüme bağlı tasarrufa ve dolayısıyla ölenin son dileklerine mümkün olabildiğince hayatiyet tanımak adına, bu yasağı gittikçe yumuşattığı gözlemlenmektedir. Örneğin daha dar kapsamlı bir ölüme bağlı kazandırma çeşidi olan, vasiyet alacağı kazandırması bakımından delegasyona pekâlâ göz yumulabileceği ifade edilmektedir. Ondan bir adım daha ileride olan mirasçı atama kazandırmasında ise, delegasyonda bulunulan üçüncü kişinin salt duygusal veya keyfi karar vermesi olasılıklarına kapı kapatıldıktan sonra, böyle bir yetki aktarımına neden yer olamayacağı ciddi şekilde sorgulanmaktadır. Sözün özü, istisnai ve "hükümsüzlük kokusunun" belirgin şekilde, yani "buram buram" hissedildiği haller dışında buna olanak tanınabilmelidir. Bu konuda ayrıca bkz. SEROZAN/ENGİN, s. 259, 278-279.

29 Kimi yazarlar (bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 336-337; DURAL/ÖZ, s. 230), hukuka ve ahlaka aykırılık kurgularının bulunduğu durumlarda ölüme bağlı tasarrufun yargısal iptalinden değil de doğrudan doğruya ve kendiliğinden sonuç doğuracak şekilde kesin hükümsüzlüğünden söz açarlar, biz bu yaklaşıma katılamıyoruz. Miras hukuku kazandırmalarının özelliği gözetilerek *favor testamenti* ilkesi dahilinde benimsenen yargısal iptal hükümsüzlük rejimi, yokluk haricindeki -ki yokluk bakımından daha farklı bir kurgunun olduğu zaten aşikâr ve anlaşılabilirdir-, bütün hükümsüzlük sebeplerine şamil şekilde tatbik edilmelidir. Bkz. bu yönde SEROZAN/ENGİN, s. 283, 316.

30 Ayrıca bkz. LEUBA, **Testament Oral,** s. 130.

Anılan kurguda, belki de yine önemli bir nokta, sözlü vasiyetname yoluyla ölüme bağlı tasarrufta bulunan kişinin akıl sağlığının tam olarak yerinde olduğunun tespit edilebilir durumda olmasıdır[31]. Bu durum bizatihi kişinin bu türden bir kazandırmayı gerçekleştirmeye ehil olup olmadığını da ilgilendirmektedir. Ne de olsa eğer fiil (özel olarak ölüme bağlı tasarrufta bulunma ve pek tabii onun altında da vasiyetname yapma) ehliyeti[32] (özellikle de ayırt etme gücü) bakımından bir şüphe bulunuyorsa, bu ölüme bağlı tasarruf iradesinin meşruiyetine de başlı başına kuşku düşürecektir[33]. Nitekim Federal Mahkeme de kararında bu konuya özel bir önemi atfetmiş ve konunun netlikle ortaya konulmasını aramıştır.

Karar bağlamında özel olarak değerlendirilmeyi hak edebilecek ve yine önemli olabilecek bir nokta, müsaitlik (uygunluk) durumu bulunmadığı için noter G.'nin -resmi vasiyetname düzenlemek üzere- hastaneye gelememiş ve akabinde sürecin bu şekilde gelişmiş olmasıdır.

Sonuçta, bilindiği üzere, sözlü vasiyetname yapılabilmesini mümkün kılan ikinci zorunlu unsur, ilgili olağanüstü durumlardan birinin varlığına ek olarak resmi veya el yazılı vasiyetname yapma olanağına sahip bulunulmamasıdır[34]. Aksi takdirde, sözlü vasiyetname şartları tam olarak sağlanmadığı için, işlemin (yargısal) iptali istenebilir[35]. Bu olanaklardan yoksun bulunulduğunun ispatı, vasiyetnamenin geçerliliğini iddia eden kişiye(/lere) aittir[36].

---

31 Hatırlanacak olursa, sözlü vasiyetnamede bulunabilme ehliyeti bakımından uygulanacak hüküm TMK m.520'dir: *"Vasiyet yapabilmek için ayırt etme gücüne sahip ve onbeş yaşını doldurmuş olmak gerekir."* Ehliyet bakımından bu şartın sağlanamıyor olması TMK m.557 uyarınca sözlü vasiyetnamenin (yargısal) iptalini gerektirir. Ayrıca bkz. ÇABRİ, s. 589, YILDIRIM, s. 211.

32 Ayrıca bkz. GUINAND/STETTLER/LEUBA, s. 125.

33 Bkz. LEUBA, **Testament Oral,** s. 130; WOLF, s. 409.

34 LEUBA, **ComRom.,** Arts. 506-508 CC, N. 1, 3; GUINAND/STETTLER/LEUBA, s. 142; SEROZAN/ENGİN, s. 332; İMRE/ERMAN, s. 92; ANTALYA, s. 177; KAYAK, s. 202, 209; HATEMİ, s. 105; ÖZTAN, s. 205; YILDIRIM, s. 212.

Bu konuda ayrıca bkz. Yarg. 2. HD., E. 7372, K. 8705, T. 29.09.1992: *"Kanunda açıklanan resmi veya el yazısı vasiyetname yapma imkânı olan hallerde fevkaladelik yoktur (Y.H.G.K.nun 8.2.1969 tarihli 1205- 94 sayılı; Y.2.H.D. nin 26.3.1957 tarihli 1056-1602 sayılı kararları). Resmi vasiyetname yapma imkânı yokken, yazılı vasiyetname yapma imkânı varsa yine fevkalade halin varlığı kabul edilemez."* (www.hukukturk.com, Son Erişim Tarihi: 20 Mart 2021).

35 ÇABRİ, s. 598; TURAN, s. 92; HATEMİ, s. 106; YILDIRIM, s. 212.

36 COTTI/GYGAX, **Com. Suc.,** Art.506 CC, N. 4; GUINAND/STETTLER/LEUBA, s. 142; ÇABRİ, s. 590, 599; YILDIRIM, s. 216-217.

İsviçre şartlarında, belki daha küçük şehir veya diğer yerleşim yapılanmalarında (aynı şeyler Türkiye bakımından da söylenebilir), belirli bir bölgede -kolayca- ulaşılabilir durumda olan tek bir noterin (ya da az sayıda) olmasının, resmi vasiyetname düzenlenebilmesinin önünde -başlı başına- bir engel oluşturacağı söylenebilir. Ancak söz konusu olay, özellikle de çok sayıda noterin bulunduğu (misalen Türkiye'de İstanbul[37] gibi) büyük bir şehirde gerçekleşmiş olsaydı, kural olarak daha farklı düşünülmesi gerekeceği açıktır. Yani salt belirli bir noterin müsaitlik durumunun bulunmaması, bir başka noterden destek alınabileceği (*bu arada somut olay koşullarında, el yazısı ile vasiyetname yolunun kapalı olduğu açıktır, dolayısıyla resmi vasiyetnameden*[38] *başka seçenek kalmamaktadır*[39]) gerçeğini etkilemeyecektir[40].

---

[37] Misalen İstanbul ilinde, Türkiye Noterler Birliği'nin resmî web sayfası kayıtlarına göre, 354 adet noter bulunmaktadır. Bkz. https://portal.tnb.org.tr/Sayfalar/Noterbul.aspx (Son Erişim Tarihi: 20 Mart 2021).

[38] Bilindiği üzere resmi vasiyetnamenin yapılmasında komplike bir şekil törenini titizlikle takip etmek gereklidir. Bu vasiyetnamenin asli ve tali olmak üzere iki farklı türü bulunur (TMK m.532 vd. / İsvMK 499 vd.), bu türler arasında kalan üçüncü bir tür olarak, karma şekilde (asgari şekil gerekliliklerinin farklı yollardan şeklin amacına yetecek tarzda sağlanması) bir resmi vasiyetname düzenlenmesi de pekâlâ imkân dahilindedir. Bu (resmi) vasiyetnamelerin yapılmasında atılacak adımlarla ilgili olarak bkz. SEROZAN/ENGİN, s. 318 vd.; İMRE/ERMAN, s. 81; ANTALYA, s. 161 vd.; KAYAK, s. 191 vd.; HATEMİ, s. 102; ÖZTAN, s. 199 vd.; YAVUZ Cevdet / TOPUZ Murat, "Resmi Vasiyetnamenin düzenleme Şekli (Okuma Yazma Bilen ve Bilmeyenlerin Vasiyetname Düzenleme Şekilleri Arasındaki Farklılıklar Bağlamında MK Madde 534 ve 535'in Değerlendirilmesi", **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Yıl 2016, Sayı 7, s. 1145-1162, s. 1149 vd.; GUINAND/STETTLER/LEUBA, s. 132 vd.

Somut olayın şartları asli şekilde resmi vasiyetname yapılmasına uygun bulunmamaktadır. Öyle ki, D.A. ne sözlü veya yazılı olarak kendisini ifade edebilecek ne de akabinde vasiyetnameyi imza edebilecek bir durumdadır. Bu nedenle somut olayda D.A.'nın durumuna daha uygun olanın, tali şekil modalitesi olduğu söylenebilir. Tali şekilde yapılacak resmi vasiyetnamede (bkz. TMK m.535 / İsvMK m.502), resmi memur vasiyetnameyi iki tanık önünde vasiyetçiye okumaktadır. Vasiyetçinin imzasının yerini sözlü okutma ve onama tutacaktır. Belirtilmelidir ki, bu şekle temelde okuma yazma erkinden yoksun olan kişiler başvurulabilir, bununla birlikte herhangi bir nedenle vasiyetnameyi bizzat okumaksızın ve imzalamaksızın okutarak düzenlettirmek isteyen bir kişi de bu şekil modalitesinden yararlanabilir. Bkz. SEROZAN/ENGİN, s. 321; ANTALYA, s. 167 vd.; KAYAK, s. 193; ÖZTAN, s. 199.

Nitekim Yargıtay'ın İçtihadı Birleştirme Hukuk Kısmı Genel Kurulu'nun 26.03.1962 tarihinde verdiği E. 23 K. 3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı bu düşünceyi tasdik etmektedir: *"(...) Sonuç: Okuyup yazabilen bir vasiyetçinin Medeni Kanunun 480 veya 482. maddelerindeki resmî vasiyet şekillerinden birisini, dileğine göre ve hiç bir sebep bildirmeğe veya resmî senede yazdırmağa yer olmaksızın, seçebileceğine ve 482. madde uyarınca düzenlenmiş bir resmî vasiyet senedinde vasiyetçinin imzası bulunmasının o senedin muteberliği üzerinde hiç bir etkisi olmayacağına, 26/3/1962 günlü birinci toplantıda oybirliğiyle karar verildi."* https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/11122.pdf (Son Erişim Tarihi: 20 Mart 2020).

İlgili bağlam dahilinde, kolaylıkla ulaşılabilir, arzu edilen işlemi yapabilecek başkaca noterlerin bulunabileceği durumlarda, sözlü vasiyetnameye en başta ne kadar başvurulabilir olacağı kuşku götürecektir. Öyle ki, olağanüstü şartlara eşlik eden ikinci unsur, yani diğer -olağan- vasiyetname türlerine başvurulabilir olması, sözlü vasiyetnamenin geçerli şekilde yapılabilmesine engel oluşturur. Yine de böyle bir vasiyetname yapılırsa, TMK m.557 çerçevesinde (yargısal) iptali gündeme gelecektir[41].

Bu da gayet anlaşılabilirdir: Bir tarafta, hafızası kolaylıkla yanılabilecek veya bilerek kötüye kullanımda bulunabilecek alelade kişiler (sözlü vasiyetnamedeki tanıklar), diğer tarafta bir evraka resmiyet verebilen ve bir tür kamu hizmeti gören[42] noter... Objektif bir bakış açısıyla, üçüncü bir gözün değerlendirmesinde, bu ikisi arasında sonuncunun çok çok daha güvenilir olduğu izahtan varestedir[43]. Ayrıca belirtilmelidir ki, sözlü vasiyetname ancak olağanüstü durumlarda gündeme gelebilecek istisnai, adeta *ultima ratio* (son çare) bir imkân olarak kalmalıdır[44].

Pek tabii başka bir notere başvurulabilme imkânının olduğu olasılıklar bakımından şu da ayrıca hatırlatılmalı ve vurgulanmalıdır: Yakın ölüm tehlikesinin kuvvet derecesi, başka bir notere başvurulması imkânı bakımından yapılacak değerlendirmede bir tür "nirengi noktasını" oluşturacaktır[45]. Yani ölüm teh-

---

Farklı görüşte bkz. YAVUZ/TOPUZ, s. 1151, 1159. Yazarlara göre, tali şekil modalitesine ancak okuma yazma bildiği halde bedensel bir özür nedeniyle imza yeteneğini haiz olmayan bir kişi başvurabilir. Yine yazarların fikri uyarınca, sözü geçen 1962 İçtihadı Birleştirme Kararı, eski (743 Sayılı) Medeni Kanun dönemi için anlam taşımaktadır, buna karşılık yeni (yürürlükteki 4271 Sayılı) Medeni Kanun çerçevesinde ilgili maddede (TMK m.535) kullanılan ifadeler bu yönde bir yorumun yapılmasına izin vermemektedir.

39 Federal Mahkeme'nin de bu yöndeki tespiti için kararda ayrıca bkz. *Droit* (Hukuk), para. 4.3.

40 Ayrıca bkz. ve karş. Yarg. 2. HD., E. 3426, K. 3615, T. 10.06.1963. Karar içeriği için bkz. yukarıda dn. 19 ve ayrıca ÇABRİ, s. 593; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 221; DURAL/ÖZ, s. 91; YILDIRIM, s. 214, dn. 27.

41 Bu konuda ileri sürülen diğer bir düşünceye göre, gerekli şartlar sağlanmadan yapılan bir sözlü vasiyetname kesin hükümsüzlükle malûl olduğu kabul edilmelidir. Düşüncemize göre, burada miras hukukunun özellikleri (bir kişinin son dileklerini hayata geçirebilmesine geniş ölçüde imkân tanınması) gözetilerek öngörülmüş ölüme bağlı tasarrufların tabi kılındığı özel geçersizlik rejiminden (yargısal iptal) ayrılınmasını gerektirecek bir durum bulunmamaktadır (Bkz. aynı yönde ÇABRİ, s. 588-589).

42 Bu konuda ayrıca bkz. 1512 Sayılı Noterlik Kanunu m.1: *"Noterlik bir kamu hizmetidir. Noterler, hukuki güvenliği sağlamak ve anlaşmazlıkları önlemek için işlemleri belgelendirir ve kanunlarla verilen başka görevleri yaparlar."*

43 Bkz. ve karş. İMRE/ERMAN, s. 91; AKKANAT.

44 JACOT-GUILLARMOD; KAYAK, s. 209.

45 Federal Mahkeme'nin kararında bu yöndeki tespiti için ayrıca bkz. *Droit* (Hukuk), para. 4.3. Yine bkz. ve karş. JACOT-GUILLARMOD.

likesi ne denli yakınsa, bu başka bir notere başvurulması bakımından var olan gerekliliğin dozunu düşürecektir. Buna karşılık ilgili tehlikenin zayıfladığı olasılıklar daha en başta sözlü vasiyetname yapılabilirlik şartlarını sorgulatır.

Somut olaya bakıldığında ise, Federal Mahkeme, olayın geçtiği Vaud Kantonu'nda 100 civarı noterin bulunduğunu belirtmiş, ancak iletişime geçilen noter G.'nin F.'yi sözlü vasiyetname seçeneğine yönlendirmesinin somut olayın kendi koşulları (D.A.'nın ağırlaşan sağlık durumu ve yakın ölüm tehlikesi) kabul edilebilir bir mahiyet taşıdığını ve bu nedenle de başka bir notere başvurulmamış olmasının göz ardı edilebileceğini ifade etmiştir. Yani somut olaydaki, işlemin düzenlenmesi bakımından harekete geçilmesindeki süre baskısının olağanüstü yoğunluğu[46], ifade edilen bu endişenin bertaraf edilebilmesinin yolunu açmış gibi görünmektedir[47]. Nitekim, *ex post* bir değerlendirme yapıldığında ve özellikle işlemin yapılma anı ve ölüm zamanı (ve aradaki sürenin kısalığı) da dikkate alındığında, D.A.'nın son dileklerini ifade edebilmesi için çok da bir zamanının kalmamış olduğu belirgindir[48]. Bu itibarla kararda takip edilen yaklaşımın yerinde olduğunu düşünüyoruz. Aksi takdirde, müteveffaya ölmeden önce son arzularını hayata geçirme şansı hiç ama hiç verilememiş olacaktır ki bu da kabul edilebilir değildir.

Diğer taraftan böyle bir zaman baskısı olmasa da, hiç şüphesiz yine hayat olaylarının sonsuz olasılığında öyle bir başka somut kurgu ile karşılaşılabilir ki, ilgili kurgu dahilinde, aynı bölge için başvurulabilecek durumda olan birden fazla noterden hiçbirinin arzu edilen işleme ayıracak uygun bir zaman dilimini haiz olmaması durumu da gündeme gelebilir[49]. Bu durumda da yukarıdakilere benzer düşünceler geliştirmek isabetli olacaktır.

---

46 Ayrıca bkz. ve karş. SEROZAN/ENGİN, s. 332.

47 Aynı yönde bkz. JACOT-GUILLARMOD.

48 Yine bkz. ve karş. Yarg. 2. HD., E. 3426, K. 3615, T. 10.06.1963. Yargıtay'ın bu kararında, inceleme konusu olarak ele aldığımız somut olaya benzer koşullar için daha farklı, kısıtlayıcı bir yaklaşımda bulunulmuş ve sözlü vasiyetname olasılığı tümüyle dışlanmıştır. Karar içeriği ile ilgili olarak bkz. yukarıda dn. 19.

49 Benzer bir durumun noterlerin çalışmadığı resmî tatil günleri bakımından da gündeme gelebilip gelemeyeceği ayrıca sorgulanabilir. Bu son konu özelinde ayrıca bkz. ve karş. KAYAK, s. 209.

Türk Hukuku özelinde bakılacak olursa, bu konuda uygulama alanı bulacak 1512 Sayılı Noterlik Kanunu m.52'ye göre, noterlerin resmî tatil günlerinde de resmî vasiyetname düzenleyebilecekleri hususu özellikle hatırlatılmalıdır: *"Noterler tatil günlerinde ve iş günlerinin tatil saatlerinde ancak vasiyetname tanzim ve tasdiki veya gecikmesinde zarar umulan noterlik işlemlerini yapabilirler. Tatil gün ve saatlerinde iş yapılması sebebinin evrakta gösterilmesi ve bu işlemin yevmiye defterinin tatilden sonraki ilk numarasına kaydedilmesi zorunludur."* Ayrıca bkz. YILDIRIM, s. 217.

Unutulmasın, bütün bu sözü edilen hususlar ispat edilebilir oldukları ölçüde bir anlam taşıyacaklardır, ispat yükünün de vasiyetnamenin geçerliliğini iddia eden kişinin(/lerin) üzerinde olduğu da tekrar vurgulanmalıdır[50].

Son olarak şu da ayrıca söylenmeli ve akılda tutulmalıdır: Hiç şüphesiz sözlü vasiyetnamenin alanını alabildiğine genişletici bir yaklaşım, "miras avcılığı" (*captation d'héritage*) olarak kem (kötü) niyetli girişimlere (*abus frauduleux*) de kapıları açık bırakmak olarak görülebilecektir. Bu sebeple de tanıkların, ölüme bağlı tasarrufun lehtarıyla olan bağlantıları titizlikle gözetilmelidir[51]. Ama yukarıda, hemen birkaç paragraf öncesinde de belirtildiği üzere, eğer şartlar dahilinde başka bir notere başvurulabilmesi mümkün görülmüyorsa, o zaman ölüme bağlı tasarrufta bulunmak isteyen kişiye de en azından bu yönde bir şansın verilmesi gayet doğal karşılanmalıdır. Bu konudaki altın ortanın (*aurea mediocritas*) bulunmasında ise, somut olay koşulları belirleyici olmalıdır.

Yine bu türden günlerde -kısıtlı olacak olsa da- pek tabii nöbetçi noterlik uygulaması üzerinden bir sonuç alınması düşünülebilir. Yalnız ilgili uygulama, halihazırda, COVID-19 (Koronavirüs) tedbirleri kapsamında ikinci bir karara kadar süresiz olarak kaldırılmıştır. Bkz. https://portal.tnb.org.tr/Sayfalar/NobetciNoterBul.aspx (Son Erişim Tarihi: 20 Mart 2021).

50 Bkz. LEUBA, **ComRom.,** Arts. 506-508 CC, N. 7.

51 Aynı yönde bkz. LEUBA, **Testament Oral,** s. 130.

KAYNAKÇA

AKKANAT Elif Beyza, "Korona (COVID-19) Günlerinde Sözlü Vasiyet(name)", https://blog.lexpera.com.tr/korona-covid-19-gunlerinde-sozlu-vasiyet-name/ (Son Erişim Tarihi: 20 Mart 2021).

ANTALYA Gökhan (Yayına Hazırlayanlar: Gökhan ANTALYA, İpek SAĞLAM), **Miras Hukuku, Marmara Hukuk Yorumu Cilt III**, Genişletilmiş 4. Baskı, Seçkin, İstanbul, 2019.

BREITSCHMID Peter, "Arts. 505-511 ZGB", **Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, I, Art.457-977 ZGB, Art.1-61 Schlt ZBG**, 5. Auflage, Hrsg. Heinrich HONSELL, Nedim Peter VOGT, Thomas GEISER, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2015. ("BasKom.")

COTTI Fiorenzo / GYGAX Evelyne, **Commentaire du droit des successions, (art.457-640 CC; art.11-24 LDFR)**, Reihe SHK - Stämpflis Handkommentar (Hrsg. Antoine EIGENMANN, Nicolas ROUILLER), Stämpfli Verlag AG, 2012. ("Com. Suc.")

ÇABRİ Sezer, **Miras Hukuku Şerhi (TMK m.495-574) Cilt I**, Oniki Levha, İstanbul, 2018.

DURAL Mustafa / ÖZ Turgut, **Türk Özel Hukuku Cilt IV - Miras Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016.

GUINAND Jean / STETTLER Martin / LEUBA Audrey, **Droit de successions**, 6. Edition, Schulthess Juristische Medien AG, 2005.

HATEMİ Hüseyin, **Miras Hukuku**, 7. Bası, Oniki levha, İstanbul, 2018.

İMRE Zahit / ERMAN Hasan, **Miras Hukuku**, 11. Tıpkı Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2015.

JACOT-GUILLARMOD Emilie, "Le testament oral", www.lawinside.ch/547/ (Son Erişim Tarihi: 20 Mart 2021).

KAYAK Sevgi, "Türk Hukukunda Sözlü Vasiyetname", **İÜHFM**, C. LVIII, S. 1-2, s. 189-220.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip, **Miras Hukuku**, 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987.

LEUBA Audrey, "Action en annulation d'un testament oral (art.519 CC)", **successio**, 2019, s. 128-130. ("Testament oral")

LEUBA Audrey, "Arts. 498-508 CC", **Commentaire Romand, Code Civil II, Arts. 457-977 CC, Arts. 1-61 Tit. Fin. CC**, Eds. Pascal PICHONNAZ, Bénédict FOËX, Denis PIOTET, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2016. ("ComRom.")

ÖZTAN Bilge, **Miras Hukuku (Tablo ve Örneklerle)**, Sekizinci Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017.

SEROZAN Rona / ENGİN Baki İlkay, **Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları**, 5. Baskı, Seçkin, İstanbul, 2018.

TURAN Gamze, **Ölüme Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009.

WOLF Stephan, "Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2017", **ZBJV**, 154/2018, s. 405-419.

YAVUZ Cevdet / TOPUZ Murat, "Resmi Vasiyetnamenin düzenleme Şekli (Okuma Yazma Bilen ve Bilmeyenlerin Vasiyetname Düzenleme Şekilleri Arasındaki Farklılıklar Bağlamında MK Madde 534 ve 535'in Değerlendirilmesi", **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Yıl 2016, Sayı 7, s. 1145-1162.

YILDIRIM Abdülkerim, "Sözlü Vasiyetname", **TAAD**, Y. 5, S.16, 2014, s. 209-229.

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2021; 1: 931-963

KENTSEL DÖNÜŞÜMDE ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN İDARİ YOLLA SONA ERMESİNİN KOŞULLARI(*)

Doç. Dr. **Öz SEÇER**(**)

Öz: Bu çalışmanın konusunu kentsel dönüşüm çerçevesinde akdedilen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin idari yoldan sona ermesi için aranan koşulların incelenmesi oluşturmaktadır. Yüklenicinin inşaata başlamadığı veya devam etmediği durumlarda yapının teslim süresi uzamakta ve arsa sahiplerinin zamanında yapıyı teslim almaları olanaksız hale gelmektedir. Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarına göre arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tek taraflı olarak sona erdirilmesi mümkün olmamakta, bunun için mahkemeye başvurulması gerekmektedir. Mahkemenin sözleşmenin sona erdirilmesine karar vermesi çok uzun süre aldığından yükleniciyle yaptıkları sözleşmeyle bağlı kalmak istemeyen arsa sahipleri açısından telafisi çok güç zararlar doğabilmektedir. 6306 sayılı Kanun m.6/f.14 ile arsa sahiplerinin bu durumla ilgili olarak yaşadıkları hukuki sorunların ortadan kaldırılması amacıyla inşaat sözleşmesinin idari yoldan sona erdirilmesi olanağı getirilmiştir. Çalışmamız arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin idari yoldan sona erdirilmesi için aranan koşulların detaylı olarak incelenmesi amacıyla kaleme alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: İnşaat Sözleşmesi, Yüklenici, Arsa Sahibi, İdari Yol, Sona Erdirme.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 01.04.2021. Makale Kabul Tarihi: 21.05.2021.

(**) Bahçeşehir Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi (ORCID no: 0000-0003-3051-3790; *oz.secer@bau.edu.tr*).

CONDITIONS OF TERMINATION OF CONSTRUCTION CONTRACT IN RETURN TO LAND SHARE IN URBAN TRANSFORMATION BY ADMINISTRATIVE MEAN

Abstract: The subject of this study is to examine the conditions sought for the administrative termination of construction contracts in return for land shares within the framework of urban transformation. In cases where the contractor does not start or continue the construction, the delivery time of the building is prolonged and it becomes impossible for the land owners to receive the building on time. According to the established jurisprudence of the Supreme Court, it is not possible to terminate the construction contract in return for the land share unilaterally, it is necessary to apply to the court for this. Since it takes a long time for the court to decide on the termination of the contract, the landowners who do not want to be bound by the contract they have made with the contractor may be exposed to very difficult damages irreparables. Law No. 6306 art.6 / parag. 14th, the opportunity to terminate the construction contract through administrative means was introduced in order to eliminate the legal problems experienced by the land owners regarding this situation. Our study has been written to examine in detail the conditions sought for the administrative termination of the construction contract in return for the land share.

Keywords: Construction Contract, Customer, Contractor, Administrative Mean. Termination.

GİRİŞ

Bütün sözleşmelerde olduğu gibi arsa payı karşılığı inşaaat sözleşmesinde de tarafların arzusu sözleşmeden doğan borçların ifa ile sona ermesidir. Yüklenicinin zamanında işe başlamaması veya başladığı işi sözleşmeye uygun olarak devam ettirememesi durumunda başlayan inşaat yarım kalmakta, teslimin gerçekleşmeyeceğini gören arsa sahipleri açısından sözleşmeyi sona erdirmek zorunluluğu baş göstermektedir. Arsa sahiplerinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini sona erdirebilmesi için Yargıtay'a göre tek taraflı irade beyanında bulunmaları yeterli olmamakta, bu hususta ya yüklenici ile arsa sahiplerinin anlaşmaları ya da sözleşmeyi sona erdirmek isteyen arsa sahiplerinin mahkemeye başvurması gerekmektedir. Yargıtay, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde sözleşmeden dönmek isteyen tarafın, eğer karşı taraf dönmeyi kabul etmiyor veya karşı çıkıyorsa, mahkemede açacağı "sözleşmenin feshi" davası sonunda dönme kararı ile sözleşmeden dönebile-

ceği görüşünü benimsemiştir[1]. Yüksek Mahkeme, tüm arsa maliklerince imzalanan ve bu şekilde geçerlilik kazanan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin feshi ya da iptali davasının "olağanüstü tasarruf" bir niteliğinde olduğundan hareketle TMK'nın 692. maddesi uyarınca, davanın sözleşmenin tarafı olan tüm arsa sahiplerince ve sonradan el değiştirmişse tüm tapu paydaşlarınca açılması veya tüm paydaşların davacı ve davalı safında bulunması, davacı ve davalılar dışında kalan diğer paydaşlar varsa bu kişi yada kişilerin zorunlu dava arkadaşı sıfatı bulunduğu dikkate alınarak, HMK'nın 59. ve 60. madde hükümleri de gözetilerek, davacı tarafa bu kişileri davaya dahil etmesi için süre verilmesi gerektiğini ileri sürmektedir[2]. Açılan sözleşmenin feshi davasında mahkeme, önce feshi isteyenin haklı olup olmadığını tartışmakta, haklı ise feshe karar vermekte, aksi halde davayı reddederek sözleşmeyi yürürlükte tutmaktadır. Yargıtay'ın bu görüşü, TBK m.473/f.1'in tanıdığı dönme hakkının yenilik doğuran hak niteliğiyle bağdaşmadığı ve dönme hakkını dava yoluyla kullanılabilir bir hak haline getirdiği gerekçesiyle eleştirilmektedir[3].

Mahkeme yoluyla sözleşmenin sona erdirilmesi, kararın verilmesi ve kesinleşmesinin çok uzun sürmesi nedeniyle sözleşme taraflarının mağdur olmasına yol açmaktadır. Dava devam ettikçe, sonucun belirsiz olmasına bağlı olarak yüklenici inşaata devam etmemekte, bitirilemeyen inşaatlar yüzünden de arsa sahipleri çok büyük zorluk yaşamaktadırlar.

Uygulamada yaşanan bu sıkıntıları ortadan kaldırmak amacıyla kentsel dönüşüme tabi arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından 7181 sayılı

---

1 Y. 15HD, T. 14.04.2008, E. 2007/1276, K. 2008/2431 "... Kural olarak, eser sözleşmelerinin geçerliliği hiçbir şekle bağlı olmadığı için, bu sözleşmelerden dönmek isteyen taraf, dönme iradesini karşı tarafa bildirdiği an, bozucu yenilik doğuran bu hak (sözleşmeden dönme hakkı) kendiliğinden hükmünü icra eder. Dönmenin haklı olup olmadığı, ayrıca açılacak tazminat davasında (eda davası) tartışılır. Eser sözleşmelerinin bir türü olan "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri", uygulamadaki adıyla "Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri" bedel olarak taşınmaz mal mülkiyetinin geçirimi borcunu da içerdiğinden, TMK'nın 706., BK'nın 213., Noterlik Kanunu'nun 60. ve Tapu Kanunu'nun 26. maddeleri uyarınca resmi şekilde bağlı tutulmuştur. Başka bir anlatımla, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin geçerliliği, bu sözleşmelerin noterde "düzenleme" şeklinde yapılmasına bağlıdır. Dolayısıyla, bu sözleşmelerden dönmek isteyen tarafın, eğer karşı taraf dönmeyi kabul etmiyor ve karşı çıkmıyorsa, hâkimin kararına ihtiyacı vardır. O halde, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde, taraflardan birinin sözleşmeden dönme iradesinin karşı tarafça kabul edilmesi, başka bir anlatımla, dönme iradelerinin birleşmesi veya fesih davası üzerine mahkemece sözleşmeden dönmeye hük-medilmesi gerekir..." (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

2 Y. 23 HD, T. 4.6.2018, E. 2015/8839, K. 2018/3506 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

3 GÜMÜŞ M. Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler C. 2**, Vedat, İstanbul, 2010, s. 80.

Tapu Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 24. maddesi ile 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Kanunu'nun 6. maddesine 14 nolu fıkra eklenmiştir. Bu fıkraya göre, "*Bu Kanun kapsamındaki alanlarda ve parsellerde; oy birliği ile anlaşma sağlanmasından veya hisseleri oranında paydaşların en az üçte iki çoğunluğu ile karar alınıp bu karara katılmayanların hisselerinin satışından sonra müteahhitten kaynaklanan sebeplerle, bir yıl içinde yeni yapının yapım işine başlanmamış veya yapım işi belirli bir seviyede durdurulmuş ve en az altı aydır projenin bitirilmesini gerektirecek seviyede ekip ve ekipmanla inşai faaliyete devam edilmiyor ise, yapılan sözleşmelerin feshi için hisseleri oranında maliklerin en az üçte iki çoğunluğu ile karar alınabilir. Bu karar ile birlikte Bakanlığa başvurularak yeni yapının yapım işine başlanıp başlanmadığının veya yapım işinin projenin bitirilmesini gerektirecek seviyedeki ekip ve ekipmanla devam edip etmediğinin tespiti istenir. Bakanlıkça; belirtilen durumların tespit edilmesi hâlinde, müteahhide otuz gün süre verilerek işe başlaması veya devam etmesi gerektiği, aksi takdirde bu sürenin bitim tarihi itibarıyla sözleşmelerin resen feshedileceği ihtar edilir. Bu ihtara rağmen işe başlanmaması veya devam edilmemesi durumunda, ayrıca ihtar çekmeye gerek kalmaksızın otuz günlük sürenin bittiği tarih itibarıyla hak sahipleri ile müteahhit arasında imzalanmış olan gayrimenkul satış vaadi sözleşmeleri ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri ilgililerinin muvafakati aranmaksızın resen feshedilmiş sayılır. Fesih sonrasında, taşınmazların siciline şerh edilmiş olan gayrimenkul satış vaadi sözleşmeleri ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri maliklerin veya Bakanlığın talebi üzerine terkin edilir. Fesih tarihine kadar yapılmış olan işler, devrolunan hisseler, yapılan ödemeler ve diğer hususlarda genel hukuk hükümleri uygulanır. Fesih tarihine kadar müteahhit tarafından hak sahiplerine yapılan kira yardımı ödemeleri hak sahiplerinden geri talep edilemez*."

6306 sayılı Kanun'a getirilen düzenleme, arsa sahiplerinin sözleşmenin sona erdirilmesi bakımından yaşadığı mağduriyetin giderilmesi bakımından isabetli olmakla birlikte, uygulama açısından birtakım belirsizlikleri de beraberinde getirmektedir. Çalışmada bu belirsizliğin giderilmesi ve hükmün uygulanabilirliğinin sağlanması bakımından arsa payı inşaat sözleşmelerinin idari yolla sona ermesi için aranan şartların incelenmesi amaçlanmaktadır.

6306 sayılı Kanun m.6/f.14, yüklenicinin işi başlamak veya yürütmekte gecikmesi ve bu yüzden inşaatın zamanında tamamlanamaması yüzünden sözleşmenin sona erdirilmesine ilişkin özel bir düzenlemedir. Arsa sahibi,

daha inşaat teslim edilmeden önce belirli koşulların varlığına bağlı olarak Çevre ve Şehircilik Bakanlığına veya idareye başvurabilmekte ve sözleşmeyi sona erdirebilmektedir.

I. YÜKLENİCİNİN İŞE BAŞLAMAKTA VEYA DEVAM ETMEKTE GECİKMESİ

1. İşe Zamanında Başlamada Gecikme

A. Genel Olarak

İdareye başvurulmak suretiyle sözleşmenin sona erdirilmesi için aranan şartlardan ilki, yüklenicinin işe başlamakta gecikmesidir. Yüklenicinin işe başlamakta gecikmesinden ne anlaşılması gerektiği 6306 sayılı Kanun'un 6. maddesinin 14. fıkrasında belirtilmiştir. İlgili hükme göre, bütün maliklerle anlaşma sağlanmasından veya hisseleri oranında paydaşların en az üçte iki çoğunluğu ile karar alınıp bu karara katılmayanların hisselerinin satışından sonra müteahhitten kaynaklanan sebeplerle bir yıl içinde yeni yapının yapım işine başlanılmamış olması gerekir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin idari yoldan sona erdirilebilmesi için yüklenicinin bir yıllık bir süre içinde inşaata başlamamış olması gerekmektedir. Kanun koyucu, bu bir yıllık süreyi yüklenici tarafından inşaata zamanında başlanmaması halinde sözleşmenin sona erdirilebilmesi için belirli bir sürenin geçmesi ve yüklenicinin işe devam etmeyeceğinin açıkça anlaşılması amacıyla koymuş görünmektedir.

Bu bir yıllık sürenin ne zamandan itibaren işlemeye başlayacağı, 6306 Sayılı Kanun Uygulama Yönetmeliği m.13/f.11/b bendi 2 paragrafında şu şekilde belirtilmiştir: "Yapım işine başlanılmayan bir yıllık sürenin başlangıcı, bütün maliklerle anlaşma sağlanan hallerde en son anlaşma sağlanan malik ile imzalanan sözleşmenin tarihinin, riskli yapılarda riskli yapı tespitinin kesinleşmesinden, riskli ve rezerv yapı alanlarında ise alan belirleme işleminden önce mi yoksa sonra mı olduğuna bakılarak belirlenir. En son anlaşma sağlanan malik ile imzalanan sözleşmenin tarihi, riskli yapı tespitinin kesinleşmesinden/riskli ve rezerv yapı alanı belirleme işleminden önceki bir tarih ise bir yıllık sürenin başlangıcında riskli yapı tespitinin kesinleştiği/riskli ve rezerv yapı alanının belirlendiği tarih esas alınır. En son anlaşma sağlanan malik ile imzalanan sözleşmenin tarihi riskli yapı tespitinin kesinleşmesinden/riskli ve rezerv yapı alanı belirleme işleminden sonraki bir tarih ise, en son anlaşma

sağlanan malik ile imzalanan sözleşme tarihi esas alınarak hesaplama yapılır. Hisseleri oranında paydaşların en az üçte iki çoğunluğu ile karar alınan hallerde ise bir yıllık sürenin başlangıcı, en az üçte iki çoğunluk ile alınan karara katılmayanların hisselerinin satışından sonra tapuda yeni malik adına devir işleminin yapıldığı tarih esas alınarak hesap edilir."

6306 sayılı Kanun ve Uygulama Yönetmeliği'nde yüklenicinin işe başlamakta gecikmesi için bir yıllık sürenin belirlenmiş olması, kanaatimizce sözleşmenin idari yoldan sona erdirilebilmesinin istisnai bir yol olmasına bağlı olarak yüklenicinin geciktiğinin hiçbir şüpheye yer vermeyecek şekilde tespit edilmek istendiğini düşündürmektedir. Yüklenicinin işe başlamakta gecikmesi dolayısıyla idari yoldan sözleşmenin sona erdirilebilmesi için bir yıllık bir süre aranmasının isabetli olup olmadığı, bu hususta genel düzenleme olan TBK m.473/f.I'e göre yüklenicinin işe başlamakta gecikmesi bakımından ne kadar bir süre aranıp aranmadığına göre tespit edilebilir. Zira TBK m.473/f.I, yüklenicinin işe başlamakta gecikmesi veya işi yavaş sürdürmesi veyahut işi sürdürmede gecikmesi üzerine iş sahibinin sözleşmeden erken dönmesini düzenlemekte olup 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Kanunu m.6/f.14 düzenlemesi ile paralel hükümler içermektedir.

TBK m.473/f.1'e göre, yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmesi ya da iş sahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre, yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceği açıkça anlaşılırsa, iş sahibi teslim için belirlenen günü beklemek zorunda olmaksızın sözleşmeden dönebilir[4]. Bu hüküm, iş sahibinin temerrüde veya ayıba karşı

---

[4] Öğretide baskın görüş, bu madde ile yüklenicinin henüz işgörme sürecinde iken temerrüde düşürülmesinin sağlandığını ileri sürmektedir. Bu görüş, hükmün ratio legisinin ileride zaten temerrüde düşeceğini belli etmiş olan yükleniciye karşı vadeden önce iş sahibine borçlu temerrüdündeki hakları tanımak olduğunu, TBK m.473 hükmünün TBK m.123 vd. hükümlerinde düzenlenen temerrüt sonuçlarını bazı koşullarla henüz eser teslim borcunun muaccel olmadığı bir zamana taşıdığını belirtmektedir. ACAR Faruk, "Eser Sözleşmesinde Eserin Tamamlanma Oranı ve Bu Oranın Bazı Etkileri", **E-Akademi**, Aralık 2013-S. 134, s. 13; YAVUZ Cevdet/ Acar Faruk/ ÖZEN Burak, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 10. Baskı, Beta, İstanbul, 2014, s. 1019; BUHLER Theodor, **Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Zürcher Kommentar), Bd. V/2d, Der Werkvertrag, Art.363-379 OR**, Schultess, Zürich, 1998, Art.366 N. 13; ÖZTÜRK Aydın**,** "Yüklenicinin İşe Başlama ve Devam Borcunun Hukuki Niteliği ve Sonuçları", **Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 2, S. 2, s. 72; **CHK-Hürlimann/Siegenthaler**, Art.366 N. 1; BETTSCHART Sebastian, "La résiliation des contrats de construction", **JDC 2009**, s. 143.

tekeffül hükümlerinden kaynaklanan haklarını ileri sürmek için eserin teslim edilmesini beklemek zorunda kalmasını önlemek amacını gütmektedir[5].

TBK m.473, iş sahibinin yüklenicinin işe başlamada veya yürütmede gecikmesi sebebine dayanarak sözleşmeyi sona erdirebilmesi için üç farklı ihtimali öngörmektedir. İlk ihtimal, yüklenicinin işe zamanında başlamamasıdır[6]. İkinci ihtimal, yüklenicinin sözleşmede belirlenen iş programına uymamasıdır. Üçüncü ve son ihtimal ise, yüklenicinin bütün hal ve davranışları dikkate alındığında, işin kararlaştırılan sürede bitmeyeceğinin açıkça tespit edilebilmesidir[7]. Eserin zamanında tamamlanamayacağının yüklenicinin hali hazırdaki yetersiz iş görmesinden açıkça anlaşılması yeterlidir[8].

İşe başlama zamanı arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ikinci dereceden noktası olduğu için sözleşmede kararlaştırılmamış olması sözleşmenin geçerliliğini etkilememektedir. Taraflar, işe başlama zamanını sözleşmede açıkça belirleyebilecekleri gibi, işe başlama zamanının kararlaştırılmadığı hallerde de bunun tespiti mümkündür[9].

Buna karşılık diğer bir görüş ise, burada sözleşmeden dönme dışında bir haktan söz edilmediğini, borçlu temerrüdünde alacaklıya sözleşmeden dönme dışında tanınan hakların burada kullanılabileceğinden kuşku duyulması gerektiğini, kanun koyucunun bu hükümle, yüklenicinin hazırlık faaliyetlerine ilişkin dönemde ifayı tehlikeye düşürecek bazı durumlar ortaya çıkması üzerine, iş sahibinin sözleşme bağına son vermesini haklı gördüğünü, burada erken bir temerrüt hali görmenin doğru olmadığını, temerrütten doğan hakları henüz hazırlama aşamasında iş sahibine tanımanın, kanunun sistemine aykırı olmasının yanında gereksiz olduğunu savunmaktadır. ÖZ Turgut, **İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi**, Kazancı, İstanbul, 1989, s. 48; KAHRAMAN Zafer, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönmesi Halinde Yükleniciden Arsa Payı Satın Almış Üçüncü Kişilerin Hukuki Durumu", **Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan**, Der, İstanbul, 2015, s. 431; CUMALIOĞLU Emre, **TBK, CISG ve Karşılaştırmalı Hukukta Öngörülebilen İhlal Borcun Vadede İfa Edilmeyeceğinin Öngörülebilmesi ve Sonuçları**, On İki Levha, İstanbul, 2019, s. 135.

5 YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1018; BETTSCHART, s. 143; KOLLER Alfred, **Berner Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch Das Obligationenrecht Band VI. 2. Abteilung Die einzelnen Vertragverhaltnisse 3. Teilband, 1. Unterteilband Der Werkvertrag Art.363-366 OR**, Schultess, Bern, 1998, Art.366 N. 25.

6 İşe başlama ifadesinden, plan ve projelerin yapılması gibi ilk ifa eylemlerinin yapılabileceği ilk uygun zaman anlaşılmalıdır. ÜREM Müge, **Eser Sözleşmesinden Erken Dönme, Yüklenicinin İşe Zamanında Başlama ve İşi Gecikmeksizin Yürütme Borcuna Aykırılığın Sonuçları (TBK m.473/I),** On İki Levha, İstanbul, 2017, s. 66.

7 KOLLER, Art.366 N. 61; YENİOCAK Umut, **Gelir Paylaşımına Dayalı İnşaat Sözleşmesi (Arsa Satışı Gelir Paylaşımı),** Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2014, s. 120; Uygulamada bu üç ihtimal, birbirinden kolaylıkla ayırt edilmemektedir. BUHLER, Art.366 N. 14.

8 GÜMÜŞ, s. 36.

9 ÜREM, s. 66.

Sözleşmede işe başlama zamanı tarih verilerek kararlaştırılacağı gibi sözleşmede taraflarca ileride gerçekleşecek bir olaya (örneğin arsadaki binanın yıkılması gibi) ya da yapı ruhsatı alınması gibi yüklenicinin bir fiiline bağlanabilir[10]. İşe başlama zamanının yüklenicinin arsa sahibinin ihbarı üzerine orada bulunacağı ve işe başlayacağı kararlaştırılarak, ortalama-yaklaşık bir tarih verilerek ya da komşu taşınmazla yaşanan sorunun giderilmesinden veya kiracının tahliyesinden sonra belirli bir süre içerisinde olmak üzere belirlenebilir. Bu belirlemede, işin başlamasına ilişkin sözleşme hükmünün fiilen işin başlanmasına mı, yoksa tamamlama ya da teslim zamanının hesaplanmasına mı ilişkin olduğu tespit edilmelidir[11].

Sözleşmede işe başlama tarihi açıkça belirtilmiş ve yüklenici, arsa sahibine yüklenebilecek herhangi bir engeli olmamasına rağmen bu tarihte işe başlamamışsa, işe başlamada geciktiğinin açıkça tespit edilebilmesi mümkündür[12]. Buna karşılık, sözleşmede işe başlama tarihi belirlenmemişse, süreye bağlanmamış borçların ifasına ilişkin TBK m.90 gereğince, sözleşmenin niteliğinden ve işin özelliğinden aksi anlaşılmadıkça yüklenicinin derhal işe başlaması gerektiği kabul edilmektedir[13]. Bazen işin niteliği derhal faali-

---

10 ÜREM, s. 67.

11 ÜREM, s. 68.

12 GAUCH Peter/CARRON Benoit, **Le contrat d'entreprise**, Schultess, 1999, N. 673; ERGEZEN **Muaz**, **İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı**, Yetkin, Ankara, 2007, s. 61; YÜCEL Özgür, "Borçlar Kanunu 358/1 Hükmüne Göre Yüklenicinin İşe Zamanında Başlama ve İşi Sürdürme Borcu", **AÜHFD**, 2008, C. 57, S. 3, s. 781; CHAVANNE Slyvie, **Le retard dans l'exécution des travaux de construction Selon le Code des Obligations et la norme SIA 118**, Helbing & Lichtenhahn, Bale et Francfort-sur-le-Main, 1993, N. 112; GAUCH Peter, Fristen und Termine-Die Bauzeit im Werkvertrag, **Seminar für Schweizerisches Baurecht Baurechtstatung 1995/Tagungsunterlage I**, s. 16.

13 TANDOĞAN Haluk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C. II İstisna (Eser) ve Vekâlet Sözleşmeleri Vekâletsiz İş Görme Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri**, 5. Bası, Vedat, İstanbul 2010, s. 114; ALTAŞ Hüseyin, "İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin İfadan Önce Sözleşmeden Dönme Hakkı", **Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan**, Yetkin, Ankara, 2006, s. 100; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1019; GAUCH/CARRON, N. 674; HENNINGER Anton, Bauverzögerung und ihre folgen, **Schweizerische Baurechtstatung 2005,** s. 244; GÜMÜŞ, s. 34; YENİOCAK, s. 121; YÜCEL, s. 781; KRAUSKOPF Frederic, Die Kündigung von Bauverträgen und die Folgen; **Schweizerische Baurechtstatung 2007**, s. 45; GAUCH, s. 16; GAUTSCHI Georg, **Schweizerisches Zivilgesetzbuch Das Obligationenrecht 2. Abteilung Die Einzelnen Vertragverhältnisse 3. Teilband Der Werkvertrag Artikel 363-379 OR**, Zweite Auflage, Stämpfli & Cie AG, Bern, 1967, Art.366 N. 4a; ACAR, s. 12; TRUMPY-JAGER Eveline, "Vorzeitige Beendigung von Bauwerk-Verträgen", in Lendi/Nef/Trumpy (Hrs), **Das private Baurecht der Schweiz, Beitrage für die Praxis,** Zurich 1994, s. 143; BUHLER, Art.366 N. 16; CHK-HURLIMANN/SIEGENTHALER, Art.366 N. 2; ÜREM, s. 70; CUMALIOĞLU, s. 134; GÜMÜŞSOY KARAKURT Güler, **Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Borca Aykırılığının Önceden Belli Olması**, On İki Levha, İstanbul, 2017, s. 130.

yete girişmeye elverişli olmayabilir. İşe derhal başlama ifadesinden anlaşılması gereken, yüklenicinin işe başlaması için bir engel ya da arsa sahibinin yapması gereken bir hazırlık fiili yoksa zaman kaybetmeden teslim tarihine yetiştirebileceği en yakın tarihte işe başlama borcu altında olduğudur[14]. Bununla birlikte yükleniciye zorunlu veya teamül gereği olarak hazırlık süresi tanınması gerekmektedir[15]. Yüklenici, iş görmenin başlamasını, düzenlenmesini ve hızını kendi istediği belirleyebilir[16].

Arsa sahibinin TBK m.473/f.I hükmünce sözleşmeden dönebilmesi için sözleşmede kararlaştırılan veya sözleşmede kararlaştırılmamışsa belirlenecek tarihte işe başlamayan yüklenicinin işi vaktinde yetiştiremeyeceğinin açıkça anlaşılması gerekmektedir. Bu durumda görüleceği üzere 6306 sayılı Kanun m.6/f.14 düzenlemesinden farklı olarak yüklenicinin işe başlamaması için belirli bir sürenin geçmesi aranmamıştır. TBK m.473/f.I'e göre sözleşmeden dönmede belirleyici olan, gecikmeye bağlı olarak kalan sürede işin yetişmeyeceğinin açıkça anlaşılmasıdır. 6306 sayılı Kanun m.6/f.14'te ise, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin sona erdirilebilmesi için işe başlamada gecikmenin bir yıldan beri devam etmiş olması aranmaktadır. Bu bir yıllık süre, sözleşmenin idari yoldan sona erdirebilmesi amacıyla gecikmenin tereddüde yer verilmeyecek şekilde belirlenmesi için isabetli olmakla birlikte kanaatimizce çok amaca uygun olarak ihdas edilmemiştir. Birçok durumda baştan itibaren meydana gelen gecikme, zaten işin zamanında bitirilemeyeceğinin açıkça anlaşılması anlamına geldiğinden arsa sahiplerince bir yıllık bir süre boyunca beklenmesi boşuna olabilecektir.

Diğer taraftan 6306 sayılı Kanun m.6/f.14'te "işin vaktinde yetişmeyeceğinin açıkça anlaşılması" ifadesine yer verilmemesi de isabetli olmamıştır. Her ne kadar bir yıllık sürenin kararlaştırılmış olmasının bunu gereksiz kılacağı ileri sürülebilirse de hüküm ile güdülen amacın belirgin şekilde ortaya konulması açısından daha faydalı olacağı söylenebilir. İşin vaktinden önce yetişmeyeceğinin açıkça anlaşılmasına vurgu yapılması, sözleşmenin idari yoldan sona erdirilmesinin, inşaatın meydana getirilmesi aşamasında başvurulan bir sona erme nedeni olduğunun belirtmiş olması açısından daha yerinde olurdu.

---

[14] ÜREM, s. 70.

[15] TANDOĞAN, s. 114; GÜMÜŞSOY KARAKURT, s. 128; ARAL Fahrettin / AYRANCI Hasan, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 10. Baskı, Yetkin, Ankara, 2014. s. 36.

[16] BUHLER, Art.366 N. 18; CHK- HURLIMANN/SIEGENTHALER, Art.366 N. 2.

B. İşe Başlamamanın Yükleniciden Kaynaklanmış Olması

6306 sayılı Kanun Uygulama Yönetmeliği m.13/f.11/b.a/1'de, sözleşmelerin bu gerekçe ile fesih edilebilmesi için, sözleşme hükümlerine göre yapım işinin başlanılmasından önce hak sahiplerince yerine getirilmesi gereken edimler var ise bunların yerine getirilmiş olması, yapım işine başlanılmasına engel teşkil edecek bir yargı kararı, idare kararı, idare uygulaması veya benzeri geçerli bir gerekçe olmaması ve yapım işine müteahhitten kaynaklanan sebeplerle başlanılmamış olması gerekir.

Yönetmelikte sözleşmeden önce hak sahiplerince yerine getirilmesi gereken edimler var ise bunların yerine getirilmemiş olması durumuna arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin idari yoldan sona erdirilmesinin söz konusu olmayacağı düzenlenmiştir. Arsa sahibince sözleşmeden önce yerine getirilmesi gereken edimlerden kasıt, onun yerine getirmesi gereken hazırlık fiilleridir. Bu hazırlık fiillerden ilki üzerinde inşaat yapılacak arsanın inşaata elverişli bir şekilde yükleniciye teslim edilmesidir.

İnşaata konu arsanın arsa sahibine ait olduğu durumlarda yüklenicinin inşaata başlayabilmesi için öncelikle arsa sahibinin arsayı inşaata elverişli olarak ayıpsız şekilde hazırlaması ve yükleniciye teslim etmesi gerekmektedir[17]. Arsayı teslim etmeden yüklenicinin işe başlaması mümkün olmayacak-

---

[17] SEÇER Öz, İş Sahibinin Teslim Borcundaki Gecikmeden Doğan Sorumluluğu, **İnşaat Hukuku ve Uygulaması**, Editörler (Emrehan İnal/Başak Baysal, On İki Levha, İstanbul, 2017, s. 532; ARPACI Özge, **Eser Sözleşmesinde İşsahibinin Edimin İfasına Katılımı**, Yetkin, Ankara, 2019, s. 148; EKMEN Mehmet Cihat, **İnşaat Sözleşmesinde İş Sahibinin Temerrüdü**, Seçkin, Ankara, 2020, s. 66; CHAVANNE, N. 446; Y. 15. HD., T. 22.4.2008, E. 2007/3118, K. 2008/2682, "... Yanlar arasında Sincan Birinci Noterliği'nce düzenlenen 07.07.2003 gün 17505 yevmiye nolu Düzenleme Şeklinde Kat Karşılığı İnşaat ve Satış Vaadi Sözleşmesi'nin 3. sayfasında, yüklenicinin sözleşmenin yapılmasını müteakip derhal inşaat hazırlıklarına başlayacağı, plan ve projelerini hazırlatıp tasdik ettirdikten sonra inşaatın temel ruhsatını en geç 30 Nisan 2004 tarihine kadar almak şartı ile inşaat ruhsat tarihinden itibaren 20 ay içerisinde tamamen bitireceği kararlaştırılmıştır. inşaata başlanabilmesi için öncelikle inşaat yapılması kararlaştırılan arsanın, arsa sahibince inşaata elverişli ve ayıpsız olarak yükleniciye teslimi gerekir. Esasen sözleşmenin 3. sayfasında bu husus arsa ile ilgili olarak her türlü pürüzler kaldırıldıktan sonra yüklenici şirkete teslim edileceği şeklinde kabul edilmiştir.

Somut olayda inşaat yapılması kararlaştırılan davalıya ait arsa üzerinde davalıya ait gecekondu bulunduğu ve sözleşme tarihinde tapu kaydında ipotek şerhi olduğu anlaşılmaktadır. Yüklenici 04.12.2003 tarihli ihtarla ipoteğin kaldırılmasını talep etmiş, 09.12.2003 günü ipotek terkin edilmiş, yüklenici 26.03.2004 tarihinde plan ve projeleri belediyeye tasdik ettirdikten sonra 30.04.2004 tarihli ihtarla inşaata başlayabilmek için arsa üzerindeki gecekondunun yıkılmasını talep etmiş, gecekondu yıkılmadığı gibi 04.05.2004 tarihinde arsa sahibi, yüklenici ve temsilcisini vekaletten azletmiştir. Belediye yazısından da, elektrik ve su abonelikleri iptal edilmeden gecekondunun yıkım ruhsatının ve gecekondu yıkılmadan da inşaat yapım ruhsatının verilmesinin mümkün olmadığı anlaşılmaktadır.

tır. İnşaata konu arsanın fiilen inşaata hazır olması gerektiği gibi hukuken de inşaata elverişli olması gerekmektedir[18]. Bu uygun olma hali, sözleşmeye konu inşaat alanının kanun ve ilgili mevzuata uygun olarak hazır olmasını gerektirmektedir. Bu kapsamda arsa üzerinde inşaat yapılması herşeyden önce imar mevzuatına uygun olmalıdır.

Yapının üzerine bina edileceği taşınmaz üzerinde herhangi bir yapı, yıkıntı ya da hafriyat bulunmaktaysa, bu yapının yıkımının yapılması, hafriyatın temizlenmesi ve inşaata elverişli bir şekilde yükleniciye teslimi gerekmektedir[19]. Arsada herhangi bir kiracı bulunmaktaysa, kiracının tahliye edilmesi, kendisi ile sözleşme ilişkisi içerisinde bulunan kiralayan konu-

---

Bu durumda, davalı yüklenici plan ve projeleri tasdik ettirmesi ne ve noterden keşide ettiği ihtarnamesi ile talep etmesine rağmen, elektrik ve su aboneliklerini iptal ettirip gecekonduyu yıkmayarak ya da yıkıma hazır hale getirmeyerek davacı arsa sahibi arsayı inşaata elverişli ve boş olarak teslim şeklindeki öncelikli edimini yerine getirmediğinden, BK'nın 90. maddesi uyarınca temerrüde düştüğü ve bu suretle ruhsat alınıp inşaata başlanamamasında arsa sahibi kusurlu olduğundan birleşen fesih davasının reddi gerekirken, yanlış değerlendirme sonucu kabulü doğru olmamış, kararın bozulması uygun bulunmuştur."; Y. 15. HD., E. 2018/2944, K. 2019/1865, "... Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin edimi, yüklendiği işi fen ve sanat kurallarına uygun olarak yapıp teslim etmek, arsa sahiplerinin edimi de sözleşmedeki paylaşıma göre yükleniciye düşen bağımsız bölümleri devretmektir. Bu anlamda kat karşılığı inşaat sözleşmeleri eser sözleşmelerinin bir türü olup, iki tarafa borç yükleyen ivazlı sözleşmelerdir. Bu sözleşmeler karma nitelikli sözleşmelerdendir ve akit yapma özgürlüğü çerçevesinde düzenlenirler. Bu sözleşmelere de niteliğine aykırı düşmedikçe Türk Borçlar Kanunu'nun 29, 237, 243, 470-486 ve Türk Medeni Kanunu'nun 706 ve 716. maddeleri uygulama alanı bulacaktır. Ayrıca kat karşılığı inşaat sözleşmeleri imzalandıktan sonra akdin ifası için taraflara yüklenen borç ve haklar bulunmaktadır. Bu anlamda arsa sahibinin borçları; yapı ruhsatı alma ve yapı denetim sözleşmesi borcu, arsanın inşaat yapılabilir ayıpsız teslim borcu ve arsa veya bağımsız bölüm tapu kaydının devir borcu olarak sıralanabilir. Bu borçlardan, arsanın inşaat yapılabilir ayıpsız teslim borcunun kapsamına, arsanın fiziki olarak ve hukuki sınırlandırmalardan arınmış olarak teslimi girmektedir. Bir başka deyişle arsa sahibi kat karşılığı inşaat sözleşmesine konu arsayı yükleniciye fiziki ve hukuki ayıplarından arınmış olarak teslim etmek borcu içerisindedir.

Tüm bu açıklamalar ışığında somut olaya bakıldığında; taraflar arasında imzalanan kat karşılığı inşaat sözleşmesine konu arsa içerisinden ASKİ'ye ait içme suyu hattının geçtiğinin ve bu hattın deplase edilmesinin de uzun zaman alacağının ve bu boruların bulunması nedeniyle davaya konu arsa üzerine 7 bloktan 3 tanesinin yapılamayacağının Belediye yazısı ile sabit olduğu, bu hali ile 18.03.2013 tarihli ek sözleşmede öngörülen temel betonlarının atılması ve zemin kat tavanlarının yapılmasının, arsa sahibince fiziki ve hukuki ayıpsız olarak arsanın teslim edilmemesi nedeniyle imkânsız olduğu ve bu durumun sözleşme imzalandığı sırada tapu kaydında yer almaması nedeniyle yüklenici şirket tarafından bilinmesinin mümkün bulunmadığı, yüklenicinin bu hususu bilerek sözleşmeyi imzaladığı hususunun davacı arsa sahibince ispatlanamadığı anlaşılmakla davanın reddi gerekirken kabulü doğru olmamıştır. Yerel mahkeme kararının bu gerekçeyle bozulması gerekirken onandığı bu kez yapılan incelemeden anlaşıldığından hükmün belirtilen gerekçelerle bozulması uygun bulunmuştur..." (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

[18] EKMEN, s. 67; ARPACI, s. 149.

[19] ARDIÇ Azmi, **Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Birlikte Hareket Etme Yükümlülüğü**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2016, s. 94.

mundaki arsa sahibinin sorumluluğundadır[20]. Arsa, sözleşme dışı üçüncü kişiler tarafından fiilen işgal edilmiş ise, bu işgalcilerin taşınmazdan uzaklaştırılması arsa sahibinin sorumluluğundadır. En son olarak da yüklenicinin arsa üzerinde yapıyı meydana getirebilmesi için kendisine bütün araç ve gereçleri ile beraber arsaya erişim olanağının sağlanması gerekmektedir.

Eğer inşaata başlamakta gecikme, arsa sahibinin arsayı teslim edememesinden veya geç teslim etmesinden kaynaklanıyorsa arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin idari yoldan sona erdirilmesi mümkün değildir.

İstanbul 10. İdare Mahkemesi'nin bir kararında[21], arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin idari yoldan sona erdirilmesini talep eden arsa malikleri-

---

[20] ALDEMİR TOPRAK, İpek Betül, "İnşaat Sözleşmelerinde Tarafların İşbirliği Eylemleri", **Yıldırım Beyazıt Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 5, S. 2020/2, s. 531-558**.**

[21] İstanbul 10. İdare Mahkemesi E. 2020/355, K. 2020/1582 "... Dava dosyasının incelenmesinden, İstanbul İli, Kartal İlçesi, Soğanlık Mahallesi, 10535 ada, 318, 319, 320, 321, 322 parsel, 10528 ada, 319 parsel, 2721 ada, 1 parseli 2722 ada, 1 parsel, 2723 ada, 1 parselde yar alan taşınmazlarda 6306 sayılı yasa kapsamında yapılacak proje ile ilgili DKY İnşaat ve Gayrimenkul Yatırım A.Ş. ile S.S AK-EL İşçi Konut Yapı Kooperatifi ve arsa malikleri arasında 2015 yılından itibaren sözleşmeler imzalandığı, aradan geçen zamanda yüklenicinin edimlerini yerine getirmediğinden bahisle 6306 sayılı Kanun'un 6/14, Uygulama Yönetmeliği'nin 13/11 bentleri uyarınca 2/3 çoğunluk sağlandığından bahisle ilgili sözleşmelerin feshinin talep edildiği, davalı idarece talebin reddedildiği, talebin reddine dair Çevre ve Şehircilik Bakanlığı, Altyapı ve Kentsel Dönüşüm Hizmetleri Genel Müdürlüğü İstanbul Altyapı ve Kentsel Dönüşüm Müdürlüğünün 21.01.2020 tarih ve E.5408 sayılı işleminin iptali ile yüklenici ile yapılan tüm sözleşmelerin feshine, bu konuda tapulara konulan şerhlerin terkini istemiyle görülen davanın açıldığı anlaşılmaktadır. Uyuşmazlıkta, davacılar ile yüklenici arasında sözleşmelerin imzalanması ve binaların yıkılması akabinde yüklenici tarafından inşaata başlanmadığı ve inşaat ruhsatı alınmadığından bahisle 6306 sayılı Kanun'un 6/14, Uygulama Yönetmeliği'nin 13/11 bentleri uyarınca ilgili sözleşmelerin feshi istemiyle davalı idareye başvurulduğu, davalı idarece bazı ilgililerin vekaletname vermediği, bazılarının vekaletnemelerdeki yetkileri azlettiği, bazı parsellere ilişkin yüklenici adına arsa devirlerinin yapılmadığı, dolayısıyla davacıların edimlerini yerine getirmediğinden dolayı sözleşmelerin feshi talebinin yerine getirilmediğinin belirtildiği, ancak davalı idare tarafından davacıların vekalet azilleri ve arsa devirlerini neden yapmadıkları hususunun araştırılmadığı, yukarıda aktarılan Yönetmeliğin 13/11/d bendinde yapının yapım işine başlanılmamasının/yapım işine projenin bitirilmesini gerektirecek seviyedeki ekip ve ekipmanla devam edilmemesinin sebeplerine ilişkin yazılı olarak müteahhite onbeş gün süre verilerek müteahhitten bilgi ve belge isteneceği, belirtilen sürenin sonunda fesih şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğine dair, yapı mahallinde inceleme yapmak ve belediye, sosyal güvenlik kurumları gibi konu ile ilgili kurum ve kuruluşlarla yazışma yapmak da dahil olmak üzere, her türlü inceleme ve araştırma yapılacağı belirtilmesine rağmen davalı idarece belirtilen araştırmalar yapılmadan dava konusu işlemin tesis edildiği, belirtilen araştırmaların yapılması durumunda davacıların edimlerini yerine getirmeme sebeplerinin anlaşılabileceği, dolayısıyla eksik incelemeye dayalı olarak tesis olunan dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna varılmıştır. Öte yandan, davalı idarece ilgili Kanun ve Yönetmelik maddeleri uyarınca gerekli inceleme ve araştırma yapılarak yeni bir işlem tesis edileceğinden bu aşamada davacının yüklenici ile yapılan tüm sözleşmelerin feshi, bu konuda tapulara konulan şerhlerin terkini istemlerinin davalı idarenin işlem tesisi sonrası değerlendirileceği de tabiidir..."

nin başvurusunu vekaletname verilmediği ve arsa payı devri yapılmadığı gerekçesiyle reddeden idarenin kararı, idarenin eksik bir inceleme yaparak başvuruyu reddettiği gerekçesiyle iptal edilmiştir.

Arsa sahibinin sağlamayı taahhüt ettiği arsada yapılacak inşaata ilişkin idari izinleri, aksi sözleşmede kararlaştırılmadıkça, arsa sahibinin alması gerekmektedir[22]. Sözleşme konusu inşaatın yapımına başlamak için kural olarak 3194 sayılı İmar Kanunu m.21 uyarınca yapı ruhsatı almak gerekmektedir. Yapı ruhsatı almak için ilgili Belediyeye mimari proje, statik proje, elektrik ve tesisat projelerinin imar durumuna uygun olarak çizdirilmek suretiyle teslimi gerekir. İmar Kanunu ve ilgili mevzuattan kaynaklanan hükümlerin muhatabı, kural olarak taşınmazın maliki sıfatında bulunan arsa sahibidir[23]. Sözleşmede yapı ruhsatının yüklenici tarafından alınacağına dair

---

[22] SEÇER, s. 534; HENNINGER, s. 250; Y.15.HD, T. 14.2.1991, E. 1990/3491, K. "... 3.5.1985 gün ve 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 21. Maddesine göre, bu kanun kapsamına giren bütün yapılar için 26. Maddede belirtilen istisna dışında, belediye veya valiliklerden yapı ruhsatiyesi alınması mecburidir. Bu husus emredici bir hüküm olup, kamu düzeniyle ilgili olması nedeniyle herkes tarafından uyulması gerekli bir hükümdür.

Aynı Kanunun 27. Maddesinde ruhsata tabi olmayan yapılara ilişkin hükümler Anayasa Mahkemesi'nin 11.12.1986 tarihli kararıyla iptal edildiğinden ve sözleşme bu tarihten sonra kurulduğundan, inşaat alanının ruhsata tabi olmayan yerlerden bulunduğundan söz edilemez. Sözleşmede ruhsatın kimin tarafından alınacağı kararlaştırılmadığı için, bu külfet kural olarak arsa sahibine aittir. Ruhsat ancak 28.2.1989'a alındığına göre, bu tarihten evvel yükleniciyi inşaata zorlamak hukuken mümkün bulunmamaktadır. Bu durumda, ruhsat alınana kadar yüklenici önemli bir iş yapmamış olmakla kusurlu ise de, davacı da ruhsatı zamanında almamak suretiyle kusurlu bulunmaktadır. Esasen durum bu merkezde iken, taraflar 6 Mart 1989'da bir araya gelerek ve durumları da bir kenara iterek yeni bir protokol düzenlenmiş ve yeni esaslar getirmişlerdir. Bu protokolde evvelce yapılmayan işler için haklar karşılıklı olarak mahfuz tutulmadığına göre, artık protokolden önceki olaylara dayanılarak akdin feshinin istenmesi mümkün değildir. Böylece, fesih durumunun protokol gereğince fesih nedeni olarak gösterdiği husus, iş programının 15 gün içinde Kooperatife verilmediği iddiasıdır. Davacı kooperatif 24 Mart 1989'da çektiği ihtarda iş programının 15 gün içinde verilmediğini belirterek fesih hakkının doğduğunu karşı tarafa bildirmiş, ancak açıkça sözleşmeyi feshettiğini belirtmemiştir. Davacı ise, 20.3.1989 tarihli telgrafında iş ve ihrazat programının 20.3.1989 tarihinde Bursa 1. Noterliği'nin 13552 sayılı yazısıyla gönderildiğini belirtmiştir. Nitekim dosyada mevcut bu ihtarnamenin davacının 24.3.1989 gün ve 16865 nolu ihtarnamesinde kendi adresi olarak kabul ettiği yere çıkarıldığı ve ihtarnamenin altındaki ekler bölümünde de ihrazat ve iş programının bulunduğu görülmektedir. Bu durumda, davalı müteahhit şirketin sözleşme gereği iş programını protokolde öngörülen sürede verdiğinin kabulü gerekir. İş programının alınmasından kaçınılması, aksinin kabulünü gerektirmez. Kaldı ki, davacı taraf iş programının eksik ya da hatalı olduğu yolunda davalı tarafa bir uyarı da bulunmamıştır. Böylece protokolden itibaren 24 ayla 30 ay arasında bitirilmesi gereken inşaatın süresinde önemli bir gecikme de bulunmamakla, kalan sürede işin ikmal edilip edilemeyeceğinin araştırılmasına da gerek kalmamıştır (BK 358/1). Bu açıklamaların ışığı altında, akdin feshi talebinin yerinde bulunmadığı görülmektedir." (KOSTAKOĞLU Cengiz**, İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri**, Beta, İstanbul, 2015, s. 271-272).

[23] ARDIÇ, s. 86.

bir hüküm yer almadığı ve yükleniciye yapı ruhsatı alımı ile ilgili vekâletname verilmediği takdirde, yapı ruhsatı alma sorumluluğu kural olarak arsa sahibine aittir. Ancak, uygulamada ilgili projelerin yapılması, harçların ödenmesi ve yapı ruhsatının alınması sorumluluğu, arsa payı devri karşılığı inşaat sözleşmelerinde konulan bir hükümle yüklenicinin üzerine bırakılmaktadır. Bunun için arsa sahibi, gerekli içerik ve kapsamda bir vekâletname ile yükleniciyi yetkilendirmektedir. Arsa sahibi ya bizzat ya da vekâletname vermek suretiyle yapı ruhsatının alınmasını sağlamadığı takdirde, yapı ruhsatı olmaksızın yapılan inşaat kaçak inşaat niteliğinde olacağından arsa sahibi, yükleniciyi bu nevi bir inşaatın yapımına zorlayamaz[24]. Arsa sahibi, bu izinleri almazsa meydana gelen gecikmeden dolayı yüklenici sorumlu olmayacak ve sözleşme idari yoldan sona erdirilemeyecektir[25].

---

[24] Y. 15. HD, T. 2.10.2014, E. 2014/2590, K. 2014/5618, "... Davacı yüklenici şirketin ihale ile davalı idareden aldığı iş ikmal inşaatı işi olup, sözleşme ekinde bulunan fesih durum tesbiti imalât raporuna göre sözleşmesi feshedilen ilk yüklenici iş ortaklığı tarafından işin %73,85'lik kısmı yapılmıştır. Davacı yüklenicinin ikmal işini üstlendiği inşaatların ruhsatsız olduğu ve bu nedenle R... Belediye Başkanlığı tarafından yapı tatil zaptı düzenlenerek inşaatların mühürlendiği dosya kapsamında bulunan belediye yazılarından anlaşılmaktadır. 3194 sayılı İmar Yasası'nın 21. Maddesi'ne göre, tüm yapılar için belediyeden ruhsat alınması zorunludur. Aynı Yasa'nın 26. maddesinde de kamu kurum ve kuruluşlarınca yapılacak veya yaptırılacak yapılara ruhsat verilmesi usulü düzenlenmiştir. Yapıya ruhsat alınmadan başlanmışsa ortada imar kurallarına aykırı bir inşaat var demektir. Ruhsat alınmadan ya da ruhsat alınsa bile alınan ruhsata uygun yapılmayan inşaatlar "kaçak inşaat" olarak tanımlanır. İmar mevzuatına ilişkin kurallar kamu düzenine ilişkin olduğundan görevi gereği mahkemece yargılamanın her aşamasından re'sen gözetilmelidir. Ruhsat alınmadan inşaata başlanamaz. Taraflar arasındaki sözleşmede inşaat ruhsatının yüklenici tarafından alınacağına dair bir hüküm yer almamıştır. Sözleşmede aksine bir hüküm bulunmadığından ve yükleniciye ruhsat alımı ile ilgili vekâletname verildiği de iddia ve ispat olunmadığından yapı ruhsatı alma sorumluluğu kural olarak davalı iş sahibine aittir. Kaldı ki, inşaat belli bir seviyeye getirildiğine göre davalı iş sahibi idarece inşaat yapımının ilk ihaleye çıkarıldığı tarihte inşaat ruhsatının alınması veya ihale ile işi üstlenen ilk yüklenici iş ortaklığınca inşaat ruhsatının alınması gerektiği açıktır. Davalının kamu kurumu olduğu da dikkate alındığında ikmal inşaatı işini üstlenen yükleniciden inşaatların ruhsatının olup olmadığını araştırması beklenemez. Sözleşme eki şartnamelerde ikmal inşaatı işi ile ilgili yapı ruhsat alımına ilişkin özel bir hüküm yer almamıştır. Davalı iş sahibi vekili tarafından sözleşme eki "Özel İdari ve Teknik Şartnamenin" 3. maddesi hükmü uyarınca yapı ruhsatı alma mükellefiyetinin yükleniciye ait olduğu savunulmuş ise de; anılan şartnamenin 3. maddesindeki hüküm inşaatın tamamlanıp yapı kullanım İzin belgesi (iskan ruhsatı) alımına yönelik olduğundan, bu hükme dayanılarak yapı ruhsatı alma sorumluluğunun yükleniciye ait olduğunun ileri sürülmesi mümkün değildir. Bu durumda yapı ruhsatı olmaksızın yapılan inşaat kaçak olacağından, iş sahibi idare tarafından yüklenicinin kaçak inşaatların yapımına devam etmeye zorlanması mümkün değildir. Başka bir anlatımla, idarece yapı ruhsatı alınmamış inşaatların ikmaline yüklenici zorlanamaz. Hal böyle olunca işin süresinde tamamlanması mümkün olmadığından yüklenicinin temerrüdünden de söz edilemez..." (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

[25] SEÇER, s. 534.

Arsa sahibinin sözleşmeden önce yerine getirmesi gereken edimlerden biri de yüklenicinin inşaat için gerekli işlemleri yapabilmesi amacıyla ona vekaletname verilmesidir. İnşaatın başlayabilmesi için gerekli işlemler olan başta sözleşme konusu arsanın imar durumunun alınması, inşaat için gerekli elektrik, teknik ve mekanik projelerin çizimi, projelerin ilgili resmi makamlara sunulması ve onaylarının alınması, yönetim planının hazırlanması, belediye ve tapu gibi kurumlara başvurulması noter işlemlerinin yapılması gibi pek çok hazırlık işlemlerinin yapılması sorumluluğunu yükleniciye bırakabilir[26]. Ancak malik olarak asıl yetkili arsa sahibi olduğundan yüklenicinin kararlaştırılmış işlemleri gerçekleştirebilmesi için arsa sahibinin tüm iş ve işlemlerin yapılmasını temin edecek kapsam ve şekilde vekalet vermesi gerekmektedir[27]. Arsa sahibinin vekalet vermesi yerine getirmesi gereken bir hazırlık fiili olmakla birlikte sözleşmede arsa sahibine düşen bir borç olarak da kararlaştırılabilir. Arsa sahibinin vekalet verme hazırlık fiilini yapmaması veya borcu ifa etmemesi yüklenicinin işini geciktiriyorsa onun işe başlamasında gecikmeden söz edilmesi mümkün değildir.

Arsa sahibinin arsa ile ilgili vergi ve diğer kamusal borçlarını yerine getirmesine bağlı olarak yüklenicinin işe başlaması kararlaştırılmışsa, bu vergi ve kamu borçlarının ödenmemesi de yüklenicinin işe başlamasını geciktirebilir[28]. Bu durumda da işe başlamakta gecikme yükleniciden kaynaklanmayacak ve sözleşme idari yoldan sona erdirilemeyecektir.

6306 sayılı Kanun Uygulama Yönetmeliği m.13/f.11/b.a/1'de, yapım işine başlanılmasına engel teşkil edecek bir yargı kararı, idare kararı, idare uygulaması veya benzeri geçerli bir gerekçe olması durumunda da işe başlanılmasında gecikme olmayacağı belirtilmektedir. İnşaat işine başlanılmasında yükleniciden kaynaklanmayan bir nedenle idarenin izin vermemesinden dolayı gecikme olması durumunda işe başlamakta gecikme olmayacaktır[29]. Ancak bu sonuç, yalnızca olağan süreyi aşan gecikmeler için söz konusudur.

Yapım işine engel olan bir yargı kararı, idare uygulaması veya benzeri geçerli bir gerekçe olması durumunda da işe başlanılmasında gecikme olma-

---

26 ARPACI, s. 136.

27 EKMEN, s. 74; KURŞAT Zekeriya, **İnşaat Sözleşmesi**, Filiz, İstanbul, 2017, s. 155.

28 EKMEN, s. 65.

29 AYAN Serkan, **İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü**, Seçkin, Ankara, 2008, s. 118.

yacaktır. Yargı kararı ile inşaatın durdurulması veya imar planı uygulaması[30] yüzünden yapım işine başlanılmasında gecikme varsa ve bu durum yüklenicinin kusurundan kaynaklanmıyorsa sözleşmenin idari yoldan sona erdirilmesi mümkün değildir. Yine örneğin imar planları ile alakalı bir iptal davası açılmasına bağlı olarak yapım işine başlanamıyorsa bu gecikmeden dolayı arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi idari yoldan sona erdirilemeyecektir.

2. İşi Yürütmede Gecikme

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, yüklenicinin işi yürütmesinde gecikmesi durumunda da idari yoldan sona erdirilebilir. 6036 sayılı Kanun m.6/f.14'e göre, bu Kanun kapsamındaki alanlarda ve parsellerde; oy birliği ile anlaşma sağlanmasından veya hisseleri oranında paydaşların en az üçte iki çoğunluğu ile karar alınıp bu karara katılmayanların hisselerinin satışından sonra müteahhitten kaynaklanan sebeplerle, yapım işinin belirli bir seviyede durdurulmuş ve en az altı aydır projenin bitirilmesini gerektirecek seviyede ekip ve ekipmanla inşai faaliyete devam edilmemesi durumunda da arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin idari yoldan sona erdilmesi mümkündür.

---

[30] Y. 23 HD, T. 27.2.2013, E. 2013/651, K. 2013/1134, "... Davalı İbrahim'in arsa sahibinden devir aldığı tüm payları devrettiği diğer davalılar kararı temyiz etmemiş olup; dava, davalı İbrahim K bakımından, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin feshi istemine ilişkindir. Mahkemece, davacı ile bu davalı arasındaki sözleşmenin feshine karar verilmiş ise de, davalı İbrahim K'nın bölgede revizyon imar planının kesinleşmemiş olması sebebiyle inşaata başlanamadığı savunması üzerinde durulmamıştır. Taraflar arasındaki 18.02.2009 tarihli sözleşme ile yüklenici 4 katlı ve her kata bir daire olmak üzere 4 daireli bir binanın inşasını üstlenmiş, sözleşmenin 9. maddesinde yüklenici temel üstü ruhsatından itibaren 12 ay içerisinde işi bitirmesi ve arsa sahibine teslim etmesi öngörülmüştür.

Sözleşmenin yapıldığı tarihte taşınmazın bulunduğu bölgede imar planına göre 3 kata izin verildiği, 22.08.2010 tarihinde onaylanan revizyon ilave uygulama imar plan tadilatına göre ise 4 katlı konut alanı içerisinde kaldığı dosya kapsamından anlaşılmaktadır. Taraflar arasındaki sözleşme tarihinde 3 kata izin verildiğine, ancak sözleşmede 4 katlı bina yapımı için sözleşme yapıldığına göre, yüklenicinin sözleşmeye uygun inşaata başlamadan önce imar plan tadilatının ne ölçüde değişeceğini ve bunun sözleşmenin ifasını nasıl etkileyeceğini bilmek istemesi ve bir süre kesinleşmesini beklemesi hayatın olağan akışına uygundur. Mahkemece, imar planının onay tarihi olan 22.08.2010 tarihi ile dava tarihi arasında 50 günlük bir süre bulunduğu ve temelüstü ruhsatının henüz alınmamış olduğu, alınması için kesin bir sürenin de kararlaştırılmadığı, 50 gün içinde temel ruhsatının alınması ve inşaatın bitirilmesinin beklenmeyeceği, diğer anlatımla davacının dayandığı BK'nın 358/1. maddesinin somut olayda davacı lehine gerçekleşmediği hususları gözetilerek, akdin feshi davasının reddine karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ve yanılgılı gerekçeye dayalı olarak hüküm kurulması doğru olmamıştır..." (KIRMIZI Mustafa, **Açıklamalı-İçtihatlı Eser Sözleşmesi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, Bilge, Ankara, 2014, s. 897-898).

6306 Sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği m.13/f.11/b.a/2'de, "Yapım işinin belirli bir seviyede durdurulmuş ve en az altı aydır projenin bitirilmesini gerektirecek seviyede ekip ve ekipmanla inşai faaliyete devam edilmiyor olması gerekir. Sözleşmelerin bu gerekçe ile feshedilebilmesi için, yapım işinin durdurulduğunun ve en az altı aydır projenin bitirilmesini gerektirecek seviyede ekip ve ekipmanla devam edilmediğinin, ilgili idarenin tespit, tutanak ve kayıtları, yapı denetimi sistemindeki kayıtlar, fotoğraflar, uydu görüntüleri vb. bilgi ve belgeler ile ortaya konulması gerekir".

Yüklenici işe devam etmekte gecikmişse arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin idari yoldan sona erdirilebilmesi için gecikmenin en az altı aydan beri devam etmesi gerekmektedir. Ayrıca sözleşmenin sona erdirilebilmesi için en az altı aydır projenin bitirilmesini gerektirecek seviyede ekip ve ekipmanla inşai faaliyete devam edilmiyor olması da gerekmektedir. Burada kanun koyucu bu nedene dayalı olarak sözleşmenin sona erdirilebilmesi için projenin bitirilmesini gerektirecek seviyede ekip ve ekipmanla devam edilmemesini şart koşmuşsa da bunun somut olayda nasıl tespit edileceği güçlük arz edebilir. Yönetmelik maddesinde inşaatın projenin bitirilmesini gerektirecek derecede devam edilip edilmediğinin ilgili idarenin tespit, tutanak ve kayıtları, yapı denetimi sistemindeki kayıtlar, fotoğraflar, uydu görüntüleri vb. bilgi ve belgeler ile ortaya konulması gerektiği belirtilmiştir. Bununla birlikte inşaatın bu şekilde yürütülüp yürütülmediğinin somut olarak nasıl tespit edileceği belirlenmesi gerekmektedir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde işin yüklenici tarafından bir iş programına göre yürütülmesi kararlaştırılmışsa, işin 6306 sayılı Kanun Uygulama Yönetmeliği'nde belirtilen seviyede yürütülüp yürütülmediğinin tespiti nispeten daha kolaydır. Özellikle çok sayıda bağımsız bölüm inşa edilmesini konu alan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde inşa faaliyetinin belirli bir iş programına göre yürütüldüğüne sıklıkla rastlanmaktadır. Yapı denetim hizmetini arsa sahipleri akdettiği bir sözleşme ile üstlenen yapı denetim firması da işin yürütülüşünü iş programına göre daha kolay şekilde denetleyerek inşai faaliyetin sözleşmenin idari yoldan sona erdirilmesini gerektirecek derecede yürütülüp yürütülmediğini belirleyebilecektir.

Buna karşılık arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde inşai faaliyetin yürütülmesi bakımından bir iş programının kararlaştırılmadığı nispeten küçük ölçekli olarak kabul edilebilecek inşaatlarda inşaat faaliyetinin gereken seviyede yürütülüp yürütülmediğinin tespitinin nasıl olacağı belirsizlik içermektedir. Bu hususta ilk olarak yapı denetim firmasının inşaatı denetlemesine göre

tuttuğu kayıtlar, fotoğraflar, bilgi, belge vb. dikkate alınacaktır. Yönetmelikte, bakanlığın fesih gerekçesine göre, yapım işine projenin bitirilmesini gerektirecek seviyedeki ekip ve ekipmanla devam edilmemesinin sebeplerine ilişkin yazılı olarak onbeş gün süre vererek yükleniciden bilgi ve belge isteyeceği hükme bağlanmıştır. Belirtilen sürenin sonunda fesih şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğine dair, yapı mahallinde inceleme yapmak ve belediye, sosyal güvenlik kurumları gibi konu ile ilgili kurum ve kuruluşlarla yazışma yapmak da dahil olmak üzere, her türlü inceleme ve araştırma yapılacağı da yine yönetmelikte hükme bağlanmıştır. Bu noktada bakanlıkça tespitin nasıl yapılacağının yeterince somutlaştırılmamış olması sıkıntı yaratacak niteliktedir. Herhalde bu tespitin bakanlık bünyesinde görevlendirilecek teknik elemanlar (inşaat mühendisi, mimar, teknik işler dolayısıyla yerine göre makine, elektrik mühendisleri vb) aracılığıyla yapılması gerekecektir. Bakanlığın diğer kamu kurumlarla yapacağı yazışmalar, yerinde inceleme yapılması gibi hususlar da dikkate alınınca yönetmelikte mümkün mertebe gecikmenin tespitinde somut kriterlere dayanılmasının arzulandığı görülmektedir.

Yalnız bu belirtilen unsurların esas alınarak seviyenin tespitinin yapılmış olarak kabul edilmesi kanaatimizce mümkün değildir. Yüklenici, pekâlâ bu şekilde seviye tespiti yapılmasının doğru olmadığı yolunda itirazda bulunabilir. Yönetmelikte yüklenicinin itiraz etmesi durumunda nasıl bir yol izleneceğinin belirtilmemiş olması önemli bir eksikliktir. Bu durumda idarenin sona ermeye ilişkin tespiti, çok sağlam hukuki temellere oturmayacaktır.

İlgili fıkraya göre arsa malikleri bu karar ile birlikte bakanlığa başvurarak yüklenicinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan inşaatı teslim borcunun ifasına hiç başlamadığının veya işe devam edip etmediğinin tespit edilmesini talep edebilir. Bakanlıkça yapılan tespit sonucu yüklenicinin işe devam borcuna aykırı davrandığı anlaşılırsa 30 gün içinde işe başlaması ihtar çekilecek ve ihtara rağmen işe yüklenici tarafından başlanmaz veya devam edilmezse sözleşme kendiliğinden sona erecektir.

Bu noktada ihtara gerek olmayan bir halin varlığı durumunda illa da ihtar çekilmesi gerekip gerekmeyeceği sorunu ortaya çıkmaktadır. 6306 sayılı Kanunun 6. maddesinin 14. fıkrasında belli bir usulün izlenilmesine bağlı olarak gönderilen ihtarın sonunda sözleşmenin resen sona ereceği belirtildiği için ihtar çekilmesi gerek olmayan diğer bir deyişle yüklenicinin geciktiğinin açıkça belirli olduğu durumlarda da idare veya müdürlüğün bildirimde bulunması istisnai bir yol olan idari yoldan sona erdirmenin bütün şartlarının somut olayda tespit edilmesi bakımından yerinde olacaktır.

Arsa sahiplerinin yüklenicinin işe başlamakta veya devam etmekte geciktiğini özel uzman raporuyla belgelemeleri veya sulh hukuk mahkemesi aracılığıyla yaptırılacak bilirkişi incelemesi neticesi tespit ettirmeleri durumunda bakanlıkça tespit kararı verilip verilemeyeceği de düşünülmesi gerekli bir husustur. 6306 sayılı Kanun m.6/f.14 ve 6306 sayılı Kanun Uygulama Yönetmeliği m.13/f.11/b. a/2'de, yüklenicinin işe başlamakta veya işe devam etmekte gecikip gecikmediğinin bakanlık tespitiyle yapılacağı ve bu inceleme sonucunda ihtar çekilmesine bağlı olarak sözleşmenin sona ereceği belirtilmiştir. Bu durumda yalnızca arsa sahiplerinin bakanlığa sundukları görüş veya mahkemeden aldıkları rapora dayalı olarak tespit yapılması söz konusu olmayacaktır. Bakanlık veya idarenin kendisi de ayrıntılı olarak inceleme yaptıktan sonra ihtar çekilmesi durumunda sözleşme kendiliğinden sona erecektir.

II. GECİKMENİN ARSA SAHİBİNDEN KAYNAKLANMASI

1. Genel Olarak

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin idari yoldan sona erdirilebilmesi için 6306 sayılı Kanunu'nun 6. maddesinin 14. fıkrasına göre, müteahhitten kaynaklanan sebeplerle, bir yıl içinde yeni yapının yapım işine başlanmamış veya yapım işi belirli bir seviyede durdurulmuş ve en az altı aydır projenin bitirilmesini gerektirecek seviyede ekip ve ekipmanla inşai faaliyete devam edilmemesi gerekmektedir. Diğer bir deyişle eğer inşaatı teslim borcunun yürütülmesi arsa sahibinden kaynaklanan nedenlerle durmuşsa sözleşmenin idari yoldan sona erdirilmesi mümkün olmayacaktır.

Arsa sahibinden kaynaklanan hangi nedenlerden dolayı sözleşmenin idari yoldan sona erdirilmesinin mümkün olmadığı aşağıda incelenecektir. Arsa sahibinden kaynaklanan nedenlerle işe başlanmaması kısmında da benzer açıklamalar yapılmışsa da burada hem işe başlamada hem de işi yürütmede arsa sahibinden kaynaklanan nedenlerle işin gecikmesi ele alınacaktır.

2. Yüklenicinin Def'i İleri Sürme Hakkı

Def'i hakkının varlığı halinde borçlu borcun varlığını kabul etmekle birlikte borcunu ifa etmekten kaçınmasına imkan veren bir hakkının bulunduğunu ileri sürmektedir. Yüklenici, defi haklarından birinin varlığına dayanıp edimini ifa etmekten kaçınırsa, arsa sahibine yüklenebilir bir gecikme oluşmaktadır[31]. TBK m.97'ye göre, "Karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmenin ifası isteminde bulunan

---

[31] BİLGETEKİN N. Tuğçe, **İnşaat Sözleşmelerinde Süre Uzatımı ve Fidic Sözleşmelerindeki Görünümü**, On İki Levha, İstanbul, 2020, s. 108, ÜREM**,** s. 105.

tarafın, sözleşmenin koşullarına ve özelliklerine göre daha sonra ifa etme hakkı olmadıkça, kendi borcunu ifa etmiş ya da ifasını önermiş olması gerekir".

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibinin yüklenicinin inşaatı belirli seviyelere getirmesine bağlı olarak bazı arsa paylarını yükleniciye devredeceği veya önceden ipotekli olarak yükleniciye devrettiği bazı kısımlar üzerindeki ipotekleri kaldırmış olabilir. Bundan başka, taraflar sözleşmede arsa sahibinin yüklenici henüz edimini yerine getirmeden önce ön ödemelerde bulunabileceğini de kararlaştırabilirler. Her ne şekilde olursa olsun, arsa sahibinin yükleniciye ara ödemelerde bulunacağını taahhüt etmesi durumunda da, yüklenici ara ödemelerden biri sözleşmede kararlaştırılan zamanda yapılmadığı takdirde, TBK m.97'de düzenlenen ödemezlik define dayanarak, yapıyı meydana getirmeyi durdurabilir. Yüklenicinin işi yavaşlatması veya durdurması nedeniyle iş vadede teslim edilemezse veya sözleşmeye göre yapılması gerektiği kadar yapılmazsa yüklenici temerrüde düşmeyecektir[32].

Ödemezlik def'nin ileri sürülmesi bakımından arsa sahibinin yapmadığı ara ödemeler veya pay devirleri ile inşaatın durdurulması arasında bir dengenin bulunması gerekmektedir[33]. Yüklenicinin ödemezlik def'ini kullanması TMK m.2/f.2 hükmü gereğince hakkın kötüye kullanılmasını teşkil ettiği noktada yüklenicinin def'i ileri sürerek işi geciktirmesi orantısız tedbir haline dönüşebilir. Somut olayın özellikleri gereğince yapının meydana getirilmesindeki gecikme arsa sahibine büyük zarar verecekse ödemezlik def'i, ikisi arasındaki oran gözetilerek kullanılmalıdır.

Arsa sahibi, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin kurulmasından sonra borç ödemeden acze düştüğü takdirde, alacağı tehlikeye düşen yüklenici, arsa sahibi pay devri borcunu ifa edeceğine ilişkin teminat gösterinceye kadar, borcunu ifa etmekten kaçınabilir, yani yapıyı inşa etmeyi veya tamamlamış bulunuyorsa, yapıyı teslim etmeyi geciktirebilir[34]. Arsa sahibinin borç ödemede acze düşmesinden, onun muaccel borçlarını ödemek için gerekli mali olanaklardan sürekli olarak yoksun hale gelmesi anlaşılmalıdır[35]. Bununla birlikte yüklenicinin alacak hakkının tehlikeye düşmesine karşılık arsa

---

32 BİLGETEKİN, s. 108.

33 GÜMÜŞSOY KARAKURT, s. 112; BİLGETEKİN, s. 109.

34 KURT Leyla, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü**, Yetkin, Ankara, 2012, s. 156; BİLGETEKİN, s. 110.

35 KURT, s. 156.

sahibinin borcu için aynî veya şahsî teminat vermesi halinde ise yüklenici, borç ödemeden acz def 'ini ileri sürerek işi geciktiremez[36]. Böyle bir teminatın yükleniciye verilmemiş olması karşısında yüklenicinin işi geciktirmesi, onun borca aykırı davrandığını göstermez. Bu durumda gecikme arsa sahibinden kaynaklanmış olacak ve inşaat sözleşmesi idari yoldan sona erdirilemeyecektir.

3. Arsa Sahibinin Hazırlık Fiillerini Yerine Getirmemesi

Arsa sahibi, yüklenicinin yapıyı meydana getirmeye başlaması veya çalışmaya devam edilebilmesi için kendisine düşen hazırlık fiillerini haklı bir sebep olmaksızın yerine getirmeye veya geç yerine getirerek alacaklı temerrüdüne düşebilir. Arsa sahibi söz konusu hazırlık fiillerini yerine getirmez ise, yüklenici ya hiç işe başlayamamakta ya da başladığı işi sürdürememektedir[37]. Örneğin, arsa sahibinin malzeme veya araç gereci kendisinin sağlamayı taahhüt ettiği durumlarda bunları sağlamaması[38], plan veya projeleri hazırlatarak yükleniciye vermemesi, inşaatın üzerinde yapılacağı arsayı inşaata elverişli biçimde teslim etmemesi[39] veya inşaatın yapılacağı arsaya yükleniciyi sokmaması gibi durumlar örnek verilebilir[40].

---

36 ÜREM, s. 108.

37 GÜMÜŞSOY KARAKURT, s. 114.

38 Malzemenin arsa sahibi tarafından sağlanması durumunda, malzemelerin sözleşmede belirtilen şartları taşıması, kararlaştırılan kalitede olması ve dürüstlük kuralına uygun şekilde temin edilip yükleniciye teslimi gerekmektedir. EKMEN, s. 59.

39 Y. 23. HD., T. 25.1.2017, E. 2014/9711, K. 2017/183 "... Asıl davada davacı vekili, taraflar arasında imzalanan ... 2009 ve ... 2009 tarihli protokollerle, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine konu taşınmazın ... hissesinin 1.500.000 USD bedelle yüklenici şirkete devredileceği, bu bedelin 200.000 USD'sinin peşin olarak, 650.000 USD'sinin ... adlı sitede bulunan bir adet dairenin davalı arsa sahibinin oğluna devri suretiyle, geriye kalan 650.000 USD'sinin ise ... avansı olarak taşeron firmaya ödeneceğinin, arsa sahibine ...'de verilecek dairenin arsa üzerindeki ipoteğin kaldırılması için kullanılacağının kararlaştırıldığını, müvekkilinin bu protokollerden kaynaklanan edimlerini yerine getirdiğini, 2009 tarihli arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde ise, arsa sahibi davalının sözleşmesinin imzalanmasından itibaren 45 gün içerisinde arsayı boş olarak teslim edeceğinin, arsa üzerindeki ipoteğin kaldırılacağının, komşu parsellerin alınması ve tevhid edilmesi ile ilgili masrafların her iki tarafça karşılanacağının, arsa teslim edilinceye ve ipotek kaldırılıncaya kadar geçen sürenin inşaat süresine ilave edileceğinin, arsa sahibinin sözleşmeden kaynaklanan edimlerini yerine getirmemesi halinde, yüklenici firmanının sözleşmeyi feshetme hakkı bulunduğunun, bu durumda, arsa sahibinin yüklenicinin menfi ve müspet tüm zararlarını karşılayacağının taahhüt edildiğini, sözleşmenin imzalanmasından itibaren ... yıl geçmesine rağmen, davalı arsa sahibinin halen arsayı boş olarak teslim etmediğini, ipoteğin kaldırılmadığını, arsa üzerindeki yapının halen başkası tarafından kullanıldığını, ayrıca, yükleniciye satılmış bulunan ... hisse ile ilgili olarak üçüncü bir kişi ile adi ortaklık sözleşmesi akdedildiğini, bu sebeplerle müvekkili yüklenicinin inşaata başlayamadığını, davalının kötüniyetli tutumu sebebiyle taraflar arasında güven ilişkisinin kalmadı-

4. Arsa Sahibinden Kaynaklanan Diğer Nedenler

Arsa sahibine yüklenebilen diğer bazı nedenler de inşaat süresinin uzamasını sağlayabilir[41]. Yüklenici, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde kararlaştırılandan fazla veya eksik iş yapmak veya işi önceden kararlaştırı-

---

ğını, bu haliyle sözleşmeden dönmekten başka bir seçenek bulunmadığını ileri sürülerek, taraflar arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden dönülmesine, bu hususta davalı tarafça yaratılan muarazını men'ine, fazlaya dair hakları saklı kalmak kaydıyla müspet ve menfi zararların karşılığı olmak üzere, 50.000,00 TL'nin avans faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Asıl davada davalı vekili, tüm girişimlerine rağmen arsa üzerindeki villada oturan işgalcileri tahliye ettiremediğini, bu sebeple geçen sürenin inşaat süresine ilave edilmesi gerektiğini, ancak bunun da öncesinde, komşu parsellerin alınması, tevhid edilmesi ve imar planı değişikliği gibi işlemlerin yapılmış olması gerektiğini, sözleşmenin uygulanabilir olmaktan çıktığını ileri sürerek, asıl davanın reddini, açtığı karşı davasında ise, ön protokollerde kararlaştırılan 1.500.000 USD'nin ödenmediğini, komşu parsellerin alınmasına dair 1.500.000 USD'nin bloke edilerek ... m^2'lik alanın arsa sahibi ile birlikte yarı yarıya satın alınmadığını, ...'deki dairenin halen teslim edilmediğini, bu dairenin protokolde belirlenen değerin altında çıktığını, ipotek fekki için bankaya yatırılan paranın davacı yüklenicinin borcu sebebiyle bloke edildiğini, yüklenicinin komşu parsellerin alınmasına dair bedeli depo etmediğini, bu itibarla sözleşmenin feshi ve tarafların birbirlerine verdiklerinin iadesi gerektiğini ileri sürerek, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin feshi ile yükleniciye devredilen 52 ada ... numaralı parselin ... hissenin tapu kaydının iptali ile davacı adına tescilini, sözleşmenin feshi sebebiyle uğranılan zararların karşılığı olmak üzere, fazlaya dair hakları saklı kalmak kaydıyla ... TL'nin davalıdan tahsilini talep ve dava etmiş, ıslah yoluyla uyuşmazlığın hakemde çözümlenmesi gerektiğini belirterek, görevsizlik kararı verilmesini istemiştir.

Karşı davada davalı vekili davanın reddini istemiştir.

Mahkemece iddia, savunma, benimsenen bilirkişi raporu ve dosya kapsamına göre; yargılamanın geldiği aşama itibariyle tahkim itirazının reddine, arsa sahibinin sözleşmede kararlaştırılan arsayı boş olarak teslim etme ve ipoteği kaldırma yükümlülüğünü yerine getirmediği, bu hususlarda kusurlu bulunduğu, yüklenicinin ...'deki daireyi arsa sahibine devrederek bu hususdaki yükümlülüğünü yerine getirmiş olduğu, öte yandan, arsa sahibinin sözleşmedeki yükümlüğüne aykırı olarak üçüncü kişi ile sözleşme yaptığının tespit edildiği, her iki tarafın birlikte üstlendiği komşu parsellerin alınması ve tevhid edilmesi ile ilgili hususların ise yerine getirilmediği, arsa sahibinin öncelikli olarak taahhütlerini yerine getirmemesi ve bunda kusurlu olması sebebiyle sözleşmenin ifasının imkansız hale geldiği, bu haliyle, yüklenicinin sözleşmeyi fesihte haklı olduğu, her iki tarafın tazminat isteklerini kanıtlayamadıkları, sözleşmede, sözleşmenin haklı olarak feshedilmesi halinde dahi yükleniciye devredilmiş bulunan taşınmaz hissesinin geri istenemeyeceği kararlaştırıldığından, arsa sahibinin karşı davadaki tapu iptal ve tescil isteminin yerinde olmadığı gerekçesiyle, asıl davanın kısmen kabulüyle 2009 tarihli arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin feshine, diğer taleplerin reddine ve karşı davanın da reddine karar verilmiştir.

Kararı, asıl davada taraf vekilleri, karşı davada davacı vekili temyiz etmiştir.

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, asıl davada taraf vekilleri, karşı davada davacı vekilinin temyiz itirazları yerinde görülmemiştir..." (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

40 KURT, s. 159; GÜMÜŞSOY KARAKURT, s. 115.

41 AYAN, s. 116.

landan farklı bir tarzda yapmak zorunda kalırsa işin yürütülmesinde gecikme olabilir[42]. Arsa sahibi, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin kurulması sırasında kendisine tanınan talep hakkını kullanarak yükleniciden ek iş veya iş değişikliği yapılmasını isteyebilir veya taraflar sözleşme değişikliği yoluyla ek işlerin yapılmasını kararlaştırabilirler. Bu takdirde ortaya çıkacak gecikme, doğrudan arsa sahibinden kaynaklandığı için haklı bir gecikmedir[43]. Sözleşmede sürenin uzamasına ilişkin bir hüküm olmasa bile teslim süresinin, kural olarak, kendiliğinden uzadığı kabul edilir. Aynı şekilde yükleniciden gelen ek işi veya iş değişikliği talebini kabul eden arsa sahibi de aksi sözleşmede kararlaştırılmadıkça, teslim süresinin sonuna eklenecek ek süreyi yükleniciye tanımak zorundadır. Bu durumda işin yürütülmesinde gecikmeden söz etmek haliyle mümkün olmayacaktır.

Arsa sahibi tarafından sağlanan arsanın veya malzemenin inşaatın meydana getirilebilmesi bakımından elverişsiz olmasından veya verilen talimatın hatalı olmasından dolayı gecikme varsa da sözleşmenin sona erdirilmesi söz konusu olmaz[44].

---

42 KURT, 162.

43 ÜREM, s. 111; Y. 15. HD., T. 24.01.1996, E. 1995/7011, K. 1996/312 "... Taraflar arasındaki uyuşmazlık, eser sözleşmesinden kaynaklanmış olup, davacı arsa sahipleri bu davalarında, inşaatın zamanında bitirilmemesinden dolayı gecikme tazminatı talep etmişler, mahkemece alınan bilirkişi raporuna dayanılarak davanın kısmen kabulüne dair verilen karar davalı vekilince temyiz edilmiştir.

Davalının savunmasında da belirtildiği gibi inşaat, 80 adet bağımsız bölüm konut olarak yapılacakken, sonradan gerçekleştirilen proje değişikliği ile bağımsız bölüm adedinin artırıldığı anlaşılmaktadır. Böyle bir durumu önceden öngören taraflar, sözleşmelerinin 9. maddesinde ilave inşaat halinde objektif kıstaslar dairesinde ve yeni inşaat ruhsat tarihine göre yeni bir süre belirlemeyi kabul etmişlerdir. İnşaatı belli bir seviyeye getiren davalı yüklenici bir kısım ipoteğin kaldırılmasını talep edince, davacılar buna karşı çıkmışlar ve davalının istediği süre uzatımı talebini ise görüşmeye hazır olduklarını bildirmelerine rağmen taraflarca ek bir süre kararlaştırılamamıştır. Gecikme tazminatının hesabında, ilave işlerin nazara alınarak yeni bir teslim tarihinin belirlenmesi gerekmektedir. Mahkemece bu konuda tek bir bilirkişiden rapor alınmış ve bilirkişinin ek inşaat nedeniyle 37 günlük bir sürenin verilmesi gereğine değinen rapor dayanak yapılarak gecikme tazminatı hüküm altına alınmıştır. Oysa, 80 dairelik bağımsız bölüm inşaatı için 36 ay süre belirlenmesine rağmen 16 bağımsız bölümlük ek inşaatın 37 günde yapılabilmesinin teknik izahı Dairemizce yetersiz bulunmuş ve bu raporun hüküm kurulmaya yeterli olmadığı sonucuna varılmıştır. Bu durumda mahkemece, biri hukukçu olmak üzere ikisi inşaat mühendisinden oluşan üç kişilik bir bilirkişi heyeti oluşturularak, davalının savunmaları doğrultusunda fazla inşaat nedeniyle verilmesi gereken ek süre ve ipoteğin kaldırılması konularıyla ilgili detaylı açıklamayı içeren rapor alınarak, oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken yetersiz bilirkişi raporuna dayanılarak davanın kısmen kabul edilmesi doğru görülmemiş, hükmün bozulması gerekmiştir..." (www.legalbank.net).

44 KURT, s. 169.

Arsa sahibinin sahadaki temsilcisinin veya herhangi bir ifa yardımcısının hareketi veya hareketsizliği yüzünden işlerin gecikmesi ya da arsa sahibinin yüklenici dışında anlaştığı bir ön yüklenicinin işi zamanında yetiştirememesi durumunda da arsa sahibine yüklenebilen bir gecikme söz konusudur[45].

III. PAY SAHİPLERİNCE KARAR ALINMASI VE BAKANLIĞA BAŞVURULMASI

6306 sayılı Kanun'un 6. maddesinin yeni eklenen 14. fıkrası ile kentsel dönüşüm çerçevesinde yüklenici ile akdedilmiş olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin yüklenicinin işe zamanında başlama ve devam borcuna aykırı davranmış olmasından dolayı sona erdirilmesi için tüm arsa maliklerinin oybirliği ile hareket etmesi aranmayacak, bu hususta 2/3 çoğunluk ile alınmış bir karar ile hareket edilmesi yerinde olacaktır.

6306 Sayılı Kanun Uygulama Yönetmeliği m.13/f.11/c bendine göre, (a) bendinde belirtilen durumlardan birinin gerçekleşmesi halinde, sözleşmelerin feshi için hisseleri oranında maliklerin en az üçte iki çoğunluğu ile karar alınması gerekir. Fesih kararı alınması herhangi bir şekil şartına tabi değildir. Fesih iradesi, fesih konusunda maliklerin en az üçte iki çoğunlukla anlaştıklarına dair anlaşan maliklerce imzalı karar tutanağı, maliklerin en az üçte iki çoğunluğu tarafından verilen fesih talebine ilişkin dilekçe, maliklerin en az üçte iki çoğunluğunun başka bir müteahhitle anlaştıklarına dair sözleşme veya vekaletname örnekleri gibi sair belgeler ile ispatlanabilir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin idari yoldan sona erdirilebilmesi için hisseleri oranında maliklerin en az üçte iki çoğunluğu ile karar alınması gerektiği belirtilmiştir. Hükümde yer alan ifadeden yalnızca pay çoğunluğu mu, yoksa pay ve paydaş çoğunluğu mu arandığı net olarak anlaşılamamaktadır[46]. Doktrinde bir görüş[47] uyarınca, Türk Medeni Kanunu'nda genellikle pay ve paydaş çoğunluğundan söz edildiğini, örneğin önemli yönetim işleri bakımından aranan çoğun-

---

45 BİLGETEKİN, s. 118.

46 Bu hükme getirilen eleştiriler için bkz: ÖZMEN Etem Saba/ŞENGÜL Mehmet, **Kentsel Dönüşümde Kat Mülkiyeti Uygulamaları ile Sınırlı Ayni Haklar ve Şerhler**, On İki Levha, İstanbul, 2018, s. 74-82; YAĞCI Kürşat, "Kat Mülkiyetine Tabi Binaların Kentsel Dönüşüm Çerçevesinde Yıkılıp Yeniden Yaptırılmasında Aranacak Karar Nisabı", **Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumları, Cilt I Eşya Hukuku**, Editörler Prof. Dr. Tufan Öğüz Prof. Dr. Baki İlkay Engin, On İki Levha, İstanbul, 2017, s. 172-177.

47 KURŞAT Zekeriya, "6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkındaki Kanunun Özel Hukuk Alanındaki Etkileri", **Kentsel Dönüşüm Hukuku (Editörler Melikşah Yasin- Cenk Şahin),** 2. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2015, s. 52-53.

luğun TMK m.691/f.1'de "pay ve paydaş çoğunluğu" olarak belirtildiğini, buna karşılık 6306 sayılı Kanun'da "... sahip oldukları hisseleri oranında paydaşların en az üçte iki çoğunluğu" ifadesinin tercih edildiği, hükümde her ne kadar "paydaşların en az üçte iki çoğunluğu" vurgusu ile sanki yalnızca paydaş çoğunluğunun yeterli olacağı izlemini yaratılmış olsa da bunun öncesinde "sahip oldukları hisseleri oranında" ifadesi nedeniyle pay çoğunluğunun da aranması gerektiği, en azından çoğunluğun hesabı bakımından Türk Medeni Kanunu'ndaki sistemden ayrılmayı gerektirecek bir durum bulunmadığı belirtilmektedir. Gerek 6306 sayılı Kanuna egemen olan genel amaç ve eğilim gerekse m.6/f.14 hükmünün varlık sebebinin "karar almayı ve uygulamayı" kolaylaştırmak olduğu göz önünde bulundurulduğunda, hükmün esasında yalnızca pay çoğunluğunu ifade etmek istediği ancak özensizlik sonucu bu karmaşık ifadeye yer verilmiş olduğu sonucuna varılması mümkündür[48]. Alınacak karar bakımından 2/3 oranının yeterli sayılması eleştirilebilir olmakla birlikte, kanunun bütünü bakımından yapılacak işlemler ile ilgili sürecin hızlandırılmasının arzu edildiği, bu yüzden olağan düzenlemeden ayrıldığı görülmektedir[49]. Sözleşmenin idari yoldan sona erdirilmesi amacıyla payları oranında üçte iki çoğunluğun karar vermiş olmasının aranması yerinde olmuştur. Amaç, sürüncemede kalmış hukuki ihtilafı bir an önce çözmek için arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini ortadan kaldırmak ise böyle bir karar nisabı aramak, uygun bir çözüm yoludur.

6306 Sayılı Kanun Uygulama Yönetmeliği m.13/f.11/ç bendinde, "Fesih müracaatı, alınan fesih kararı ve fesih gerekçesine göre, yeni yapının yapım işine başlanılmamış olmasının müteahhitten kaynaklandığına ilişkin bilgi ve belgeler veya en az altı aydır projenin bitirilmesini gerektirecek seviyede ekip ve ekipmanla inşai faaliyete devam edilmediğine dair bilgi ve belgeler ile birlikte yazılı olarak Müdürlüğe veya Bakanlıkça yetki devri yapılması durumunda İdareye yapılır. Müdürlük veya İdare, fesih müracaatını görevlendireceği eleman/elemanlar veya teşkil edeceği bir komisyon marifetiyle inceler".

6306 Sayılı Kanun Uygulama yönetmeliğinin bu maddesine göre arsa sahiplerinin sözleşmenin idari yoldan sona erdirilebilmesi için gerekli olan çoğunluğa göre karar aldıktan sonra duruma göre ilgili Çevre ve Şehircilik Bakanlığı Müdürlüğüne veya İdareye sona erme nedenini yazılı olarak belirtir şekilde başvurmaları gerekmektedir.

---

[48] İNAL Emrehan, **Kentsel Dönüşüm Hukukunda Riskli Yapı**, On İki Levha, İstanbul, 2017, s. 109.

[49] KURŞAT, Kentsel Dönüşüm, s. 53.

IV. BAKANLIKÇA TESPİT YAPILMASI

6306 Sayılı Kanun Uygulama Yönetmeliği m.13/f.11/d bendinde, "Fesih müracaatı üzerine, öncelikle müracaatın yukarıda (a), (b) ve (c) bendlerinde belirtilen hususlara uygun olarak yapılıp yapılmadığı incelenir. Müracaat bu bendlere uygun olarak yapılmış ise, fesih gerekçesine göre, yeni yapının yapım işine başlanılmamasının/yapım işine projenin bitirilmesini gerektirecek seviyedeki ekip ve ekipmanla devam edilmemesinin sebeplerine ilişkin yazılı olarak müteahhite onbeş gün süre verilerek müteahhitten bilgi ve belge istenilir. Belirtilen sürenin sonunda fesih şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğine dair, yapı mahallinde inceleme yapmak ve belediye, sosyal güvenlik kurumları gibi konu ile ilgili kurum ve kuruluşlarla yazışma yapmak da dahil olmak üzere, her türlü inceleme ve araştırma yapılır".

Kendisine başvurulan müdürlük veya idare, ilk olarak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin idari yoldan sona ermesi için aranan koşulların var olup olmadığını inceleyecektir. Bu bağlamda idare veya müdürlük, usulüne uygun bir başvuru yapılıp yapılmadığını şeklen incelemektedir. Daha sonra müdürlük veya idare tarafından yükleniciye on beş günlük bir süre verilerek niçin işe başlamadığına veya devam etmediğine dair bilgi ve belge verilmesi istenecektir.

Bakanlıkça tespit yapılmadan önce yükleniciye on beş gün süre verilerek ondan fesih sebeplerine ilişkin bilgi ve belge verilmesinin istenmesi, feshin gerçekleşip gerçekleşmediğinin her türlü durum ve olgu araştırılarak tespit edilmesi bakımından faydalı olmakla beraber, bunun bir itiraz yolu olarak düzenlenmemesi kanaatimizce bir eksiklik olmuştur. Zira burada her ne kadar yüklenicinin sözleşmenin sona ermemesi gerektiğine dair karşı iddiaları ileri sürmesine olanak tanınmışsa da nihai olarak karar verenin Müdürlük veya idare olduğu gözlenmektedir. Bu iddiaya karşılık nasıl olsa müdürlük veya idarenin tespit yaptıktan 30 gün sonra işe başlaması yolunda yükleniciye ihtarda bulunacağı, bu süre içerisinde yüklenicinin işe başlayabilecek olması nedeniyle sözleşmenin idari yoldan sona ermesinde yüklenicinin itirazda bulunmasına gerek olmadığı ileri sürülebilirse de kanaatimizce yükleniciye yapılacak olan tespitin yerinde olmadığını ileri sürebilme olanağı tanınması yerinde olurdu. Zira yükleniciye işe başlaması veya devam etmesi için verilen 30 günlük süre her somut olayda yeterli olmayabilir veya işe başlanılmaması veya devam edilmemesinin yükleniciden kaynaklandığı yeterince tespit edilemeyebilir.

İşe zamanında başlanıp başlanılmadığının veya işe zamanında başlanılmışsa devam edip etmediğinin tespitinin nasıl yapıldığı yukarıda açıklandığı için burada tekrar edilmeyecektir.

Yapılan inceleme ve araştırma neticesinde fesih şartlarının gerçekleşmediğinin tespit edilmesi durumunda bu konuda fesih müracaatında bulunan maliklere bilgi verilir. Fesih şartlarının gerçekleştiğinin tespit edilmesi durumunda bakanlıkça yükleniciye ihtarda bulunulur.

V. BAKANLIKÇA İHTAR YAPILMASI

6306 Sayılı Kanun Uygulama Yönetmeliği m.13/f.11/e bendinde, yapılan inceleme ve araştırma neticesinde fesih şartlarının gerçekleşmediğinin tespit edilmesi durumunda bu konuda fesih müracaatında bulunan maliklere bilgi verilir. Fesih şartlarının gerçekleştiğinin tespit edilmesi durumunda ise, müteahhide otuz gün süre verilerek fesih gerekçesine göre, yapım işine başlaması/projenin bitirilmesini gerektirecek seviyedeki ekip ve ekipmanla işe devam etmesi gerektiği, aksi takdirde bu sürenin bitim tarihi itibarıyla sözleşmelerin resen feshedileceği ihtar edilir. Otuz günlük sürenin sonunda müteahhitin işe başlayıp başlamadığı/projenin bitirilmesini gerektirecek seviyedeki ekip ve ekipmanla işe devam edip etmediği mahallinde kontrol edilir. Yapım işinin projenin bitirilmesini gerektirecek seviyedeki ekip ve ekipmanla devam edip etmediğinin takdir hakkı incelemeyi yapan Müdürlük veya İdareye aittir. Kendisine yapılan ihtara rağmen müteahhitin işe başlamadığının/yapım işine projenin bitirilmesini gerektirecek seviyedeki ekip ve ekipmanla devam edilmediğinin tespit edilmesi durumunda, otuz günlük sürenin bittiği tarih itibarıyla hak sahipleri ile müteahhit arasında imzalanmış olan gayrimenkul satış vaadi sözleşmeleri ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri ilgililerinin muvafakati aranmaksızın resen feshedilmiş sayılır. Sözleşmelerin feshedilmiş sayıldığı, maliklere ve müteahhite bildirilir.

6306 sayılı Kanun m.6/f.14'te, bakanlıkça; belirtilen durumların tespit edilmesi hâlinde, müteahhide otuz gün süre verilerek işe başlaması veya devam etmesi gerektiği, aksi takdirde bu sürenin bitim tarihi itibarıyla sözleşmelerin resen feshedileceği ihtar edilir. Bu ihtara rağmen işe başlanmaması veya devam edilmemesi durumunda, ayrıca ihtar çekmeye gerek kalmaksızın otuz günlük sürenin bittiği tarih itibarıyla hak sahipleri ile müteahhit arasında imzalanmış olan gayrimenkul satış vaadi sözleşmeleri ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri ilgililerinin muvafakati aranmaksızın resen feshedilmiş sayılır. Kanunda ihtarda bulunacak olan Bakanlık olarak belir-

tilmesine rağmen uygulama yönetmeliğinde ihtarda bulunacak olanın müdürlük veya idare olacağı belirtilmiştir. Bu noktada yükleniciye ihtarda bulunacak makam bakımından kanun ile yönetmelik arasındaki mevcut bu uyumsuzluğun giderilmesi gerekmektedir.

İhtarda işe başlanması veya devam edilmesi için verilen otuz günlük sürenin yerinde olup olmadığının da belirlenmesi gerekmektedir. Arsa sahipleri ile yükleniciler arasında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin çok farklı şekilde akdedildiği göz önüne alındığında, 30 günlük bir sürenin çok yeterli olmayacağı kanaatine varılabilmektedir. İşe başlanması bakımından inşaat alanının hazırlanması için hukuki veya fiili engellerin kaldırılması veya işe devam bakımından gerekli araç gereç ve personelin sağlanması her somut olayda büyük bir değişkenlik gösterebilecektir. Bu durumda otuz günlük bir süre tanınmasının bir çok somut olayda fayda sağlamayacağı aşikardır. 30 günlük bir süre vermeden her somut olaya göre değişkenlik göstrebilecek şekilde dürüstlük kuralına göre uygun bir süre vermek de hükmün ihdas amacıyla bağdaşmayacaktır.

VI. İDARİ YOLLA SÖZLEŞMENİN SONA ERDİRİLMESİ KOŞULLARI BULUNMAMASINA RAĞMEN BAKANLIKÇA SÖZLEŞMENİN SONA ERDİRİLMESİ

İdare veya müdürlükçe yapılan tespitin yanlış olması durumunda taraf menfaatlerinin korunması açısından yapılan sözleşmenin sona ermeyeceği ve devam edeceğinin kabulü gerekmektedir. Aksi takdirde yüklenicinin uğradığı zararların Yargıtay içtihatlarına[50] göre kesinti yöntemine göre tazmin

---

[50] Y. 15 HD., T. 16.01.2014, E. 2013/764, K. 2014/353, "... Dairemizin yerleşik içtihat ve uygulamalarına göre eser sözleşmesinin haksız feshi halinde diğer tarafın kar kaybının hesabında 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 356. maddesinin yollama yaptığı aynı Kanun'un 325. Maddesindeki yönteme "kesinti yöntemi" denilmektedir. Kesinti yöntemine göre, yüklenicinin yapılmayan sözleşme konusu işlerden ötürü mahrum kaldığı karın, yapılmayan (kalan) işin sözleşmenin feshi tarihindeki bedeli saptandıktan sonra bu bedelden, yüklenicinin işi tamamlayamaması nedeniyle sağladığı tasarruf, bu süre içnde başka bir iş bulup çalışmışsa elde etmiş olduğu kâr, başka bir iş bulmaktan kasten kaçınmışsa kazanabileceği miktar tespit ettirilip, çıkartılarak kalan üzerinden kâr kaybı hesaplamaktan ibarettir.

Somut olayda, mahkemece alınan tarihsiz bilirkişi raporunda, "dosyasında taşeron hak edişleri ile bu hak edişlere ve yerindeki imalata esas metraj, ataşman, yeşil defter ve imalat hesapları bulunmadığından, imalatların ayrıntılı ve hesap ve kontrolünün yapılamadığı" belirtildikten sonra, davacı vekilinin sunduğu tarihsiz dilekçede yapmış bulunduğu ve değerlendirmeler esas alınarak yapılmayan iş tutarı 575.000.00 TL olarak hesaplanmış" bu tutardaki imalatın gerçekleşmesi için gerekli olan harcamalar göz önüne alındığında serbest piyasa malzeme ve işçilik rayiçleri ile işin yapım koşulları, iş güçlüğü de göz önünde bulundurulduğunda benzer

edilmesi gerekmektedir ki bunun da kanun koyucunun bu fıkrayı ihdas etmekteki amacı ile bağdaşmadığı ortadır. Kanun koyucu, yalnızca arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin mahkeme yoluyla sona erdirilmesinin çok uzun alması nedeniyle arsa sahiplerinin zarar görmesi amacıyla 6306 sayılı Kanun'nda bu hükmü ihdas etmiştir. Hükmün ihdas edilmesinin pratik olarak ne fayda getirebileceği bir kenara bırakılırsa, fesih kararının yanlış olması durumunda bunun bir haksız fesih olarak kabul edilmesi kesinlikle mümkün değildir. Fesih koşullarının oluşup oluşmadığının bakanlık tarafından geniş bir şekilde araştırılarak tespit edilmesine rağmen her nasılsa yapılan tespitin sonradan yanlış olduğu çıkarsa bu iptal davasına konu edilirse de sözleşmenin haksız olarak feshedilmesi söz konusu olmamalıdır.

Yargıtayca arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde benimsenmiş olan sona erdirmenin koşulları olmamasına ragmen arsa sahibi tarafından yapılan sona erdirmenin sözleşmenin haksız feshi olarak kabul edilmesi yolundaki görüş doktrinde eleştirilmekte ve sözleşmenin bu durumda devam etmesi gerektiği fikri ileri sürülmektedir[51]. Doktrin tarafından ileri sürülen bu görüşün arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde de evleviyetle benimsenmesi gerekmektedir. Arsa sahiplerinin bakanlığa başvurması ve bakanlığın tespiti neticesinde sözleşme ortadan kalktığı için yapılan yanlış bir tespitin sözleşmeyi haksız fesih olarak sona erdirmiş olduğu görüşünün kabul edilmesi kanaatimizce mümkün değildir.

---

işlerde olduğu gibi bu iş için de %25 oranında kâr elde edilebileceği kabul edilerek 575.000X%25-143.750.00 TL'nin davacının yapılmayan iş nedeniyle mahrum kaldığı kâr olduğu" bildirilmiş, mahkemece de bu miktar kâr kaybı olarak hüküm altına alınmıştır. Hükme dayanak alınan bilirkişi raporunda hakedişler ve imalat hesabına esas olan diğer belgelerin bulunmadığı, bu nedenle imalatların ayrıntılı hesabının yapılamadığı belirtildiği halde; bu belgeler olmaksızın davacı vekilinin sunduğu dilekçedeki hesaplamalara bağlı kalınarak kâr kaybı hesabı yapılması doğru olmadığı gibi; kar kaybı hesabı yapılırken az yukarıda açıklanan "kesinti yöntemine" aykırı olarak ve davacının iddiasında bağlı kalınarak hesaplanan yapılmayan iş bedeli üzerinden %25 oranında kâr kaybı hesaplanması da doğru olmamıştır.

Bu durumda mahkemece yapılacak iş yeniden oluşturulacak konusunda uzman bilirkişi heyetiyle yerinde keşif yapılarak, taraflar arasında düzenlenen hakedişler ve yapılan imalata ilişkin tüm belgelerin getirilmesinden, böylece yüklenicinin yapmadığı kalan iş miktarının sözleşme ekinde yer alan birim fiyatlarla belirlenerek bu miktar üzerinden yukarıda açıklanan "kesinti yöntemine" uygun olarak davacının kar mahrumiyeti alacağının hesaplattırılmasından, bilirkişilerden gerekçeli ve denetime elverişli rapor alınıp sonucuna göre kar kaybı alacağı ile ilgili hüküm kurulmasından ibarettir..." (İstanbul Barosu Dergisi, C. 88, S. 3, Y. 2014, s. 661-663).

[51] BUZ Vedat, **Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar**, Yetkin, Ankara, 2005; s. 236; SEÇER Öz, **Eser Sözleşmesinin İş Sahibi Tarafından Tam Tazminatla Feshi,** Yetkin**,** Ankara, 2020, s.131.

VII. İDARECE VERİLEN KARARA KARŞI HUKUKİ YOLA BAŞVURULMASI

İdare veya müdürlükçe yapılan tespite rağmen yüklenici tarafından işe zamanında başlanmaması veya başlanılan işe devam edilmemesi durumunda sözleşme kendiliğinden sona ermiş olmaktadır. Sona erme doğrudan idari makamın vereceği kararla gerçekleşmemekle birlikte onun yaptığı tespite bağlı olarak gerçekleşen bir hukuki sonuçtur. Bu tespitin yanlış olduğunu düşünen yüklenici veya arsa sahibi tespit niteliğindeki kararın iptali amacıyla idare mahkemesine başvurabilir. 6036 sayılı Kanun m.6/f.14 hükmü de bu yönüyle büyük sakınca taşımaktadır. Yapılan tespitin hukuka aykırı olması durumunda bunun tespit niteliğinde bir idari işlem olduğu göz önüne alındığında buna itiraz yolunun özel olarak düzenlenmiş olması gerekirdi. İdarenin bütün işlemleri yargı denetimine tabi olduğundan itiraz yolunun düzenlenmemesi bir kanun boşluğu olduğunu göstermektedir.

SONUÇ

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin idari yoldan sona erdirilmesi, yüklenicinin inşaat işine hiç başlamaması veya devam etmemesi durumlarında teslim süresinin beklenmeden sözleşmenin sona erdirilmesi bakımından getirilmiş isabetli bir hukuki düzenleme olmakla birlikte somut olayda uygulanma şartları açısından birtakım belirsizlikleri de beraberinde getirmektedir.

Sözleşmenin idari yoldan sona erdirilebilmesi için yüklenici açısından işe başlamakta gecikilmesi bakımından bir yıllık sürenin işlenmesinin aranması yerinde olmamıştır. Zaten yüklenicinin işe başlamakta gecikmesinden dolayı işin zamanında yetişmeyeceğinin açıkça anlaşıldığı durumlarda boşuna beklenilmiş olacaktır.

Her ne kadar çalışmada ayrıntılarıyla belirtilmiş olsa da 6306 sayılı Kanun Uygulama Yönetmeliğinde arsa sahibinden kaynaklanan nedenlerle sözleşmenin sona erdirilemeyeceğinin açık olarak belirtilmesi daha uygun olacaktır.

Sözleşmenin idari yoldan sona erdirilmesi bakımından belirtilebilecek diğer bir husus yüklenicinin işe başlamakta veya işe devamde geciktiğinin tespitinin nasıl yapılacağıdır. Bu hususta uygulama yönetmeliğinde bir takım kriterler getirilmiş olmakla birlikte bunun yeterince somutlaştırılmamış olduğu görülebilmektedir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin idari yoldan sona erdirilmesinde tespitin yanlış yapılmış olması durumunda özellikle yükleniciye bu tespit kararına karşı hangi hukuki yollara başvuracağının ilgili maddede belirtilmemiş olması önemli bir eksikliktir.

KAYNAKÇA

ACAR Faruk, "Eser Sözleşmesinde Eserin Tamamlanma Oranı ve Bu Oranın Bazı Etkileri", **E-Akademi**, Aralık 2013-S. 134, s. 1-24.

ALDEMİR TOPRAK, İpek Betül, "İnşaat Sözleşmelerinde Tarafların İşbirliği Eylemleri", **Yıldırım Beyazıt Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 5, S. 2020/2, s. 511-558.

ALTAŞ Hüseyin, "İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin İfadan Önce Sözleşmeden Dönme Hakkı", **Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan**, Yetkin, Ankara, 2006, s. 97-110.

ARAL Fahrettin / AYRANCI Hasan, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 10. Baskı, Yetkin, Ankara, 2014.

ARDIÇ Azmi, **Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Birlikte Hareket Etme Yükümlülüğü**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2016.

ARPACI Özge, **Eser Sözleşmesinde İşsahibinin Edimin İfasına Katılımı**, Yetkin, Ankara, 2019.

AYAN Serkan, **İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü**, Seçkin, Ankara, 2008.

AYDIN Öztürk, "Yüklenicinin İşe Başlama ve Devam Borcunun Hukuki Niteliği ve Sonuçları", **Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 2, S. 2, s. 69-89.

BETTSCHART Sebastian, La résiliation des contrats de construction, **JDC 2009**.

BİLGETEKİN N. Tuğçe, **İnşaat Sözleşmelerinde Süre Uzatımı ve Fidic Sözleşmelerindeki Görünümü**, Oniki Levha, İstanbul, 2020.

BUHLER Theodor, **Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Zürcher Kommentar), Bd. V/2d, Der Werkvertrag, Art.363-379 OR**, Zürich 1998.

BUZ Vedat, **Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar**, Yetkin, Ankara, 2005.

CHAVANNE Slyvie, **Le retard dans l'exécution des travaux de construction Selon le Code des Obligations et la norme SIA 118**, Helbing & Lichtenhahn, Bale et Francfort-sur-le-Main, 1993.

CUMALIOĞLU Emre, **TBK, CISG ve Karşılaştırmalı Hukukta Öngörülebilen İhlal Borcun Vadede İfa Edilmeyeceğinin Öngörülebilmesi ve Sonuçları**, On İki Levha, İstanbul, 2019.

EKMEN Mehmet Cihat, **İnşaat Sözleşmesinde İş Sahibinin Temerrüdü**, Seçkin, Ankara, 2020.

ERGEZEN Muaz, **İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı**, Yetkin, Ankara, 2007.

GAUCH Peter / CARRON Benoit, **Le contrat d'entreprise**, Schulthess, 1999.

GAUCH Peter, "Fristen und Termine-Die Bauzeit im Werkvertrag", **Seminar für Schweizerisches Baurecht Baurechtstatung 1995/Tagungsunterlage I**, s. 1-25.

GAUTSCHI Georg, **Schweizerisches Zivilgesetzbuch Das Obligationenrecht 2. Abteilung Die Einzelnen Vertragverhältnisse 3. Teilband Der Werkvertrag Artikel 363-379 OR**, Zweite Auflage, Stämpfli & Cie, Bern, 1967.

GÜMÜŞ M. Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler C. 2**, Vedat, İstanbul, 2010.

GÜMÜŞSOY KARAKURT Güler, **Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Borca Aykırılığının Önceden Belli Olması**, On İki Levha, İstanbul, 2017.

HENNINGER Anton, "Bauverzögerung und ihre folgen", **Schweizerische Baurechtstatung 2005**, s. 238-267.

HURLIMANN R. / SIEGENTHALER T, **Handkommentar zum Schweizer Privatrecht VertragsverhältnisseTeil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft** (Herausgeber: Claire Huguenin, Markus Müller-Chen, Daniel Girsberger), 2. Auflage, Zürich-Basel-Genf 2012.

İNAL Emrehan, **Kentsel Dönüşüm Hukukunda Riskli Yapı**, On İki Levha, İstanbul, 2017.

KAHRAMAN Zafer, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönmesi Halinde Yükleniciden Arsa Payı Satın Almış Üçüncü Kişilerin Hukuki Durumu", **Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan**, Der, İstanbul, 2015, s. 425-458.

KIRMIZI Mustafa, **Açıklamalı-İçtihatlı Eser Sözleşmesi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, Bilge, Ankara, 2014.

KOLLER Alfred, **Berner Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch Das Obligationenrecht Band VI. 2. Abteilung Die einzelnen Vertragverhaltnisse 3. Teilband, 1. Unterteilband Der Werkvertrag Art.363-366 OR**, Schultess, Bern, 1998.

KOSTAKOĞLU Cengiz, **İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri**, Beta, İstanbul, 2015.

KRAUSKOPF Frédéric, "Die Kündigung von Bauverträgen und die Folgen"; **Schweizerische Baurechtstatung 2007**, s. 29-66.

KURŞAT Zekeriya, "6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkındaki Kanunun Özel Hukuk Alanındaki Etkileri", **Kentsel Dönüşüm Hukuku** (Editörler Melikşah Yasin- Cenk Şahin), 2. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2015, s. 17-62 (Kentsel Dönüşüm).

KURSAT Zekeriya, **İnşaat Sözleşmesi**, Filiz, İstanbul, 2017.

KURT Leyla Müjde, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü**, Yetkin, Ankara, 2012.

ÖZ Turgut, **İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi**, Kazancı, İstanbul, 1989.

ÖZMEN Etem Saba / ŞENGÜL Mehmet, **Kentsel Dönüşümde Kat Mülkiyeti Uygulamaları ile Sınırlı Ayni Haklar ve Şerhler**, On İki Levha, İstanbul, 2018.

SEÇER Öz, "İş Sahibinin Teslim Borcundaki Gecikmeden Doğan Sorumluluğu", **İnşaat Hukuku ve Uygulaması**, Editörler (Emrehan İnal/Başak Baysal, On İki Levha, İstanbul, 2017, s.521-559.

SEÇER Öz, **Eser Sözleşmesinin İş Sahibi Tarafından Tam Tazminatla Feshi**, Yetkin, Ankara, 2020.

TANDOĞAN Haluk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C. II İstisna (Eser) ve Vekâlet Sözleşmeleri Vekâletsiz İş Görme Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri**, 5. baskı, Vedat, İstanbul, 2010.

TRUMPY-JAGER Eveline, Vorzeitige "Beendigung von Bauwerk-Verträgen", in Lendi/Nef/Trumpy (Hrs), **Das private Baurecht der Schweiz, Beitrage für die Praxis**, Verlag der Fachvereine, Zurich, 1994, s. 137-152.

ÜREM Müge, **Eser Sözleşmesinden Erken Dönme, Yüklenicinin İşe Zamanında Başlama ve İşi Gecikmeksizin Yürütme Borcuna Aykırılığın Sonuçları (TBK m.473/I)**, On İki Levha, İstanbul 2017.

YAĞCI Kürşad, "Kat Mülkiyetine Tabi Binaların Kentsel Dönüşüm Çerçevesinde Yıkılıp Yeniden Yaptırılmasında Aranacak Karar Nisabı", **Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumları, Cilt I Eşya Hukuku**, Editörler Prof. Dr. Tufan Öğüz Prof. Dr. Baki İlkay Engin, On İki Levha, İstanbul, 2017.

YAVUZ Cevdet / ACAR Faruk / ÖZEN Burak, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 10. Baskı, Beta, İstanbul, 2014.

YENİOCAK Umut, **Gelir Paylaşımına Dayalı İnşaat Sözleşmesi (Arsa Satışı Gelir Paylaşımı)**, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2014.

YÜCEL Özge, "Borçlar Kanunu 358/1 Hükmüne Göre Yüklenicinin İşe Zamanında Başlama ve İşi Sürdürme Borcu", **AÜHFD**, 2008, C. 57, S. 3, s. 779-790.

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2021; 1: 965-1011

GERÇEK KİŞİLERİN VATANDAŞLIĞINDA "*GERÇEK BAĞLANTI*" İLKESİ: *NOTTEBOHM* ROMANTİZMİNİN SONU(*)

Doç. Dr. **İlhan YILMAZ**(**)

Öz: Gerçek kişilerin vatandaşlığının özellikle uluslararası hukuk bakımından tanınması konusunda, diplomatik himayenin mümkün olup olmaması meselesi üzerine 66 yıl önce verilmiş olan *Nottebohm* kararındaki "*gerçek bağlantı*" kriterinin günümüze kadar etkisini bir şekilde sürdürmüş olduğu gözlenmektedir. Ancak, küreselleşmenin getirdiği iletişim ve ulaşım kolaylıkları dünya üzerinde kişilerin dolaşımındaki engelleri kaldırmış ve böylece insanlar gerek iş gerek sosyal amaçlarla vatandaşları olduğu ülkeden başka ülkelerde yerleşme, iş ve sosyal bağlar kurmada daha çok istekli olmaya başlamışlardır. Bu makalede, gelişmeler karşısında, söz konusu kararda ifadesini bulan ilkenin uluslararası kararlarda, belgelerde ve doktrindeki etkisinin varlığı tartışılmıştır. Makale, ilkenin yerindeliğini sözü edilen tartışma ortamında inceleyerek, kararın romantik yaklaşımının nesnel pozitif vatandaşlık hukuku düzenlemelerini bertaraf etmeyeceği sonucuna ulaşmıştır.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası Hukuk, Vatandaşlık Hukuku, Gerçek Kişiler, *Nottebohm* Kararı, Gerçek Bağlantı, Etkin Vatandaşlık.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 01.04.2021. Makale Kabul Tarihi: 20.05.2021.

(**) Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı (ORCID no: 0000-0001-9001-4825; *iyilmaz@gsu.edu.tr*).

THE "*GENUINE CONNECTION*" PRINCIPLE IN THE NATIONALITY OF NATURAL PERSONS: THE END OF *NOTTEBOHM* ROMANCE

Abstract: It is observed that the criterion of "*genuine connection*" in the *Nottebohm* decision, which was rendered 66 years ago on the issue of whether diplomatic protection is enforceable or not, has continued its effect until today, especially regarding the recognition of the nationality of natural persons in terms of international law. However, the communication and transportation facilities brought by globalization have removed the barriers to the movement of people around the world, and thus people have started to be more willing to settle in countries other than their country of citizenship, for business and social purposes, and to establish business and social ties. In the face of these developments, this article discusses the effect of the principle expressed in the aforementioned decision on international decisions, documents and doctrine. It examines the appropriateness of the principle in the referred discussion environment and concludes that the romantic approach of the decision would not eliminate nationality law regulations of objective and positive nature.

Keywords: International Law, Nationality Law, Natural Person, *Nottebohm* Decision, Genuine Connection, Effective Nationality.

I. GİRİŞ

Avrupa'da Otuz Yıl Savaşları olarak da bilinen 1618 senesinde bir Hristiyan mezhep çatışması olarak başlayıp tüm Avrupa'ya yayılan ve Vestfalya Anlaşması/Barışı ile sonuçlanan savaşlar, çağdaş uluslararası düzenin temeli olarak Vestfalya Sistemini inşa etmiştir. Bu barış ile Avrupa'da seküler ulus devletleri şekillenmiştir. Bunun bir sonucu olarak da ulus-devlet kavramı oluşmaya başlamıştır. Bu kavramın ana direği ise vatandaşlık olmuştur.[1]

Vatandaşlık bu anlamıyla, bir krala ya da sultana tabi olmaktan çıkıp devlet ile kişi arasında bir statü ya da bir hukuki ilişki olarak şekillenmeye başlamıştır. Klasik anlamda uluslararası hukukun ana süjeleri devletler iken, kişiler de vatandaşlık kavramının içinin doldurulmasıyla bu hukuka dahil

---

[1] SLOANE Robert D, "Breaking the Genuine Link: The Contemporary International Legal Regulation of Nationality", **Harvard International Law Journal**, Vol. 50, Number 1, Winter 2009, s.30 https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1262877# Son erişim tarihi 14 Şubat 2021; SPIRO Peter J, "A New International Law of Citizenship", **The American Journal of International Law**, Vol. 105, No.4 (October 2011), s. 694 https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1939374 Son erişim tarihi 14 Şubat 2021.

olmuşlardır. Devletler her ne kadar seküler olarak şekillenip, devletle ilişkinin ya da bağın sebebi din, mezhep veya ırk gibi sınırlandırıcı öğeler ilke olarak belirleyici olmaktan çıkmışsa da vatandaşlığın kişilere izafe edilmesinde bir kriter ortaya koymak yine de zaruri olmaya devam etmiştir. Bu anlamda, devletlerin egemenliğinin ülkeleri ile sınırlı olması ana fikri sonucunda, vatandaşlık ülkesel bir alana inhisar etmeye başlamıştır. Böylece devletler, kendi vatandaşlarını tanımlama konusunda da mutlak denilebilecek hakka ve yetkiye sahip olmuşlardır. Bu ilişkinin vatandaş bakımından görünümü ise, kendisine vatandaş olmayana kıyasla bahşedilen hakların yanı sıra borçların da mevcudiyeti olarak karşımıza çıkmaktadır.

Uluslararası platformda vatandaşlık, kişilere vatandaşı oldukları devlet tarafından diğer devletler nezdinde bir hukuki koruma-himaye hakkı veren diplomatik koruma da bahşetmektedir. Devletler kendi vatandaşlarının haklı menfaatlerini diğer devletlere karşı uluslararası hukuk düzeni tahtında diplomatik himaye kavramına dayanarak korumaktadırlar. Bunun yanı sıra, savaş hukuku, devletin sorumluluğu, uluslararası yetki, sınır dışı edilme ya da ülkeye kabul edilmeme konuları da kişilerin vatandaşlık statüsüne bağlı konulardır.

Elbette, vatandaşlığın sadece uluslararası hukuk bakımından sonuçları olmayıp, kapsamına giren birçok hak ve yükümlülük olarak ulusal ya da iç hukuktan kaynaklanan sonuçları da vardır. Esasen yerleşik bir uluslararası hukuk kuralına göre, her devlet kimlerin vatandaşı olduğunu tayin etmede özgürdür. Bu yönüyle vatandaşlığın ihdası bir iç hukuk konusudur. Diğer bir söyleyişle, bu yetki tamamen vatandaşlığı ileri sürülen devlete aittir.[2] Dolayısıyla, devletlerin vatandaşlığını verirken tespit edeceği kuralları tayin etmede kesin bir yetkisi vardır denilebilir.

Ancak özellikle, vatandaşlığa dayanarak uluslararası platformda bir hak ileri sürme ya da yükümlülük ihdas etme söz konusu olduğunda, devletlerin bu mutlak yetkisinin uluslararası hukuk kurallarına aykırı olmaması gerektiğinden de bahsedilmektedir. Nitekim, 1930 tarihinde Lahey'de imzalanmış olan Vatandaşlık Kanunlarının Çatışmasına İlişkin Bazı Sorunlar Hakkındaki Sözleşmenin (*Convention on Certain Questions Relating to the Conflict of Nationality Laws*)[3] 1. maddesine göre, her devlet kimlerin kendi vatandaşı

---

[2] NOMER Ergin, **Türk Vatandaşlık Hukuku**, 24. Bası, İstanbul 2018, s.5.; DOĞAN Vahit, **Türk Vatandaşlık Hukuku**, 15. Bası, Ankara 2018, s.26.; ERDEM Bahadır, **Türk Vatandaşlık Hukuku**, 2. Baskı, İstanbul 2011, s. 5.

[3] Sözleşme Türkiye tarafından imzalanmamış olup, onaylayan devletler bakımından 1 Temmuz 1937 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Teknik hukuk bakımından durum bu olmakla beraber,

olduğunu kendi kanunlarına göre tespit eder. Bu kanun ya da tespit vatandaşlık konusundaki uluslararası sözleşmeler, uluslararası teamül ve genel olarak kabul edilmiş hukuk ilkeleriyle uyumlu olduğu ölçüde diğer devletlerce de tanınacaktır. Madde 2'ye göre ise, bir kişinin bir devletin vatandaşı olup olmadığına ilişkin sorun o devletin hukukuna göre tespit edilecektir.

Görüleceği üzere Lahey Sözleşmesi vatandaşlığın tespitinde belli kriterlere uygunluktan bahsetmiş, ancak söz konusu sınırlandırıcı ya da kısıtlayıcı uluslararası hukuk kurallarının çerçevesini ise maalesef tespit etmemiştir. Bugün dahi bu konuda uluslararası bir düzenleme olmadığı gibi uluslararası bir teamülün varlığından da bahsedilemez.[4] Hatta, bu sözleşmeden çok uzun zaman sonra 1997 yılında Strazburg'da imzalanmış olan Vatandaşlık Hakkındaki Avrupa Sözleşmesi (*European Convention on Nationality*)[5] 3. maddesinde neredeyse aynı ifadelerle Lahey sözleşmesindeki prensipleri tekrar etmiştir.

Vatandaşlığın tespitinde söz konusu olabilecek sınırlandırmalar uluslararası sözleşmelerde kesin olarak tespit edilmemiş ya da tanımlanmamıştır. Öte yandan, devletlerin uluslararası arenada vatandaşlarını koruma gayesiyle ileri sürdükleri vatandaşlık iddialarının diğer devletlerce tanınması bakımından aşırı ya da keyfi vatandaşlık izafelerini sınırlandırma söz konusu olmuştur. Böylece vatandaşlığın söz konusu olduğu devletle soyut hukuki bir statüden ziyade, bazı sosyal bağları da ifade etmesi gerektiği fikri gelişmeye başlamıştır.

Bu fikir özellikle Uluslararası Adalet Divanının ("Divan") 66 yıl öncesinde vermiş olduğu *Nottebohm* kararına dayanmaktadır.[6] Divan, diplomatik himaye talebi üzerine vermiş olduğu bu kararında, uluslararası platformda

---

Türkiye Sözleşmeye taraf olmasa dahi söz konusu prensiplerin Türkiye bakımından da geçerli olduğu rahatlıkla söylenilebilir. Aybay, Sözleşmede belirtilen temel ilkelerin sözleşmeye taraf olsun ya da olmasın tüm ülkeler için geçerli ve bağlayıcı bir nitelik kazandığını ifade etmektedir. AYBAY Rona, **Vatandaşlık Hukuku**, İstanbul 2004, s.18. Sözleşme için bakınız **League of Nations, Treaty Series**, vol.179, s. 115. https://treaties.un.org/Pages/LONViewDetails.aspx?src=LON&id=517&chapter=30&clang=_en. Son erişim tarihi 14 Şubat 2021.

4 UNAT İlhan, **Nottebohm Kararı ve Tabiiyetin Gerçekliği İlkesi**, Ankara 1966, s. XV; NOMER, s.6; SLOANE, s.3.

5 Bir Avrupa Konseyi sözleşmesi olan sözleşmeyi Türkiye henüz imzalamamıştır. Sözleşme, 1 Mart 2000'de onaylayan ülkeler için yürürlüğe girmiştir. https://www.coe.int/en/web/conventions/ full-list/-/conventions/treaty/166. Son erişim tarihi 20 Şubat 2021.

6 *Nottebohm* Case (second phase), Judgment of April 4th, 1955, **ICJ Reports** 1955, p.4. https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/18/018-19550406-JUD-01-00-EN.pdf ("*Nottebohm* kararı" olarak atıf yapılacaktır.) Son erişim tarihi 20 Şubat 2021.

diplomatik himayenin ileri sürülebilmesi için salt hukuki statü bağlamındaki vatandaşlık bağını yeterli bulmamıştır. İlaveten, devlet ile kişi arasında sıkı sosyal ve fiili bir bağın da bulunması gerektiğini söylemiştir. Divan bu bağı, kararın verilmesini takip eden uzun yıllar boyunca akisleri hissedilen "gerçek bağlantı" ("*genuine connection*")[7] olarak tanımlamıştır. Bunun sonucu olarak da bir "gerçek vatandaşlık" kavramını ortaya koymuştur.

Böyle olmakla birlikte modern zamanlarda, dünyadaki ulaşım, iletişim ve ticaretin gerek fiziki gerek sanal ortamda artmasıyla birlikte, kişiler klasik devlet-vatandaş ilişkisi dışında artık birden fazla devletle çeşitli bağlar oluşturmaya başlamışlardır. Kişiler sosyal ve ekonomik hayatlarını tek bir merkezde toplamamakta ve söz konusu bağlarını birden fazla ülke ile tesis etmektedirler. Özellikle çift ya da çok vatandaşlığın devletler tarafından kabul edilmesi ve hatta Türkiye dahil bir çoğunca teşvik edilmesiyle[8] kişisel, sosyal ya da ekonomik bağlantı kavramı vatandaşlığın elde edilmesinde ya da izafe edilmesinde klasik işlevini kaybetmeye başlamıştır.

II. GERÇEK BAĞLANTI İLKESİ

Gerçek Bağlantı ilkesinin ortaya konulduğu *Nottebohm* kararına konu olan olayı öncelikle belirtmekte fayda vardır.[9] *Friedrich Nottebohm*, 1881 senesinde Hamburg Almanya'da doğmuş ve doğumla Alman vatandaşlığını kazanmıştır. 1905 yılında Guatemala'ya gitmiş ve orada yerleşmiştir. Ticari işletmelerinin merkezini Guatemala'da toplamış ve geniş bir yelpazede bü-

---

7 Kararın orijinal İngilizce metninde kavram "*genuine connection*" olarak kullanılmıştır. (Bakınız *Nottebohm* kararı, s. 23) Ancak, İngilizce doktrin bu kavramı yine aynı anlamda olmakla beraber "*genuine link*" olarak ifade etmektedir. Biz çalışmamızda "gerçek bağlantı" ifadesini kullanacağız.

8 Türk hukukunda çifte vatandaşlık hakkına ilişkin ilk hüküm yürürlükten kalkmış bulunan 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununa 1981 yılında eklenen bir hükümle kabul edilmiştir. (RG 07.02.1981 - 17254) Ancak bu hüküm (madde 22/2-3) bazı sınırlandırmalar da getirmekteydi. Hükme göre, yeni bir vatandaşlık kazanılmadan önce izin başvurusunun yapılması gerekiyordu. Aksi halde, bu husus Türk vatandaşlığının kaybına yol açabiliyordu. İzin almaksızın kendi istekleriyle başka bir ülkenin vatandaşlığını kazanmak Türk vatandaşlığını kaybettirme nedeni olarak sayılmıştı (Mülga 403 sayılı Kanun madde 25/a). Yürürlükteki 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu ise 44. maddede "Çok Vatandaşlık" başlıklı özel bir hüküm getirmiştir. Hükme göre, artık yabancı bir veya daha fazla ülkenin vatandaşlığını kazanmak için bir izin almaya gerek yoktur. Ayrıca, başka bir ülkenin vatandaşlığına sahip olmak Türk vatandaşlığının kaybına da neden olmayacaktır. Hükme göre, başka ülkelerin vatandaşlığına da sahip olan kişiler dilerlerse başvuru yaparak söz konusu vatandaşlıklarını nüfus siciline işletebileceklerdir. RG 12.6.2009-27256.

9 *Nottebohm* Kararı, s. 13 vd.

yük bir ticari varlık elde etmiştir. 1905 yılından sonra zaman zaman Almanya'ya ve diğer ülkelere iş ya da tatil amaçlı seyahatler yapmıştır. 1931 yılını takip eden zamanda kardeşinin yerleşik olduğu Lihtenştayn'a birkaç ziyarette bulunmuştur. Kardeşleri, akrabaları ve arkadaşlarından bir kısmı Almanya'da yerleşik iken, diğer bir kısmı ise Guatemala'da yerleşiktir. *Nottebohm*'un dava konusu olayların gerçekleştiği 1943 senesine kadar yerleşik meskeni Guatemala'dır.

İkinci dünya savaşının başlamasına neden olan Almanya'nın Polonya'ya saldırısından yaklaşık 1 ay sonra *Nottebohm* 1939 yılında Lihtenştayn vatandaşı olmak için başvuru yapmıştır. O zamanki Lihtenştayn vatandaşlık kanununa göre bu başvuru ile vatandaş olabilmesi için diğer şartların yanı sıra başvuru öncesinde 3 yıl ikamet şartı da bulunmaktadır. Ancak bu şarttan belli durumlarda istisna uygulanabilmektedir. Başvurusunda bu istisnayı talep etmiş olan *Nottebohm* diğer mali yükümleri de yerine getirdikten sonra yetkili makam kararıyla 1939 senesinde Lihtenştayn vatandaşı olmuştur. O zamanki Alman vatandaşlık kanunlarına göre, Lihtenştayn vatandaşlığını kazanması ile *Nottebohm*'un Alman vatandaşlığı son bulmuştur. Böylece artık tek vatandaşlığı olarak Lihtenştayn vatandaşı olmuştur. Alman vatandaşlığının kaybı kanun gereği olduğundan *Nottebohm* bu süreçte hiçbir zaman çift vatandaşlığa sahip olmamıştır.

Lihtenştayn pasaportunu alan *Nottebohm* izleyen aylarda Zürih'deki Guatemala konsolosluğuna başvurarak pasaportunu vizelendirmiş ve akabinde 1940 başında Guatemala'ya işlerinin başına dönmüştür. *Nottebohm* dönüşünde Guatemala makamlarına başvurarak yabancılar ofisindeki kayıtlarının bu vatandaşlığı dikkate alınarak düzeltilmesini talep etmiş ve söz konusu değişiklik yapılmış, hatta kimlik belgesine de işlenmiştir. *Nottebohm*, karar konusu olan olayların gerçekleşme tarihi olan 1943 yılına kadar Guatemala'daki yaşamına devam etmiştir.

Guatemala 1941 Aralık ayında Almanya'ya karşı savaş ilan ederek savaşa dahil olmuştur. *Nottebohm* yabancı düşman statüsüne alınmış ve 1943 senesinde sınır dışı edilerek Amerika Birleşik Devletlerindeki ("ABD") tecrit merkezlerine gönderilmiştir. Bu tecrit kamplarında ABD'nin talepleri doğrultusunda ABD için güvenlik riski oluşturtabilecek Nazi sempatizanı Alman vatandaşları ya da Alman soyuna mensup olan kişiler Latin Amerika ülkelerinden toplanmaktaydı.

Nottebohm Lihtenştayn pasaportunu göstererek Alman vatandaşı olmadığını iddia etmiştir. Hatta, İsviçre elçiliği Lihtenştayn adına durumu Guatemala makamları nezdinde protesto etmiş olsa da sonuç değişmemiştir. Guatemala sınır dışı etme işlemini takiben, 1944 senesinde tüm taşınır ve taşınmaz mallarına el koymuştur. 1946 yılında tecrit kamplarından serbest bırakılan *Nottebohm* Guatemala'ya dönmek için giriş vizesi talep etmiş, bu talep reddedilince de Lihtenştayn'a giderek oraya yerleşmiştir.

Nottebohm'un tecrit kamplarında tutulduğu süre içinde Guatemala'da kendisi aleyhine tüm mallarının herhangi bir tazminat dahi ödenmeksizin kamulaştırılmasını öngören 57 adet hukuki prosedür başlatılmıştır. Bu prosedürler sonucunda Guatemala bilahare 1949 yılında, ittifak devletlerine karşı savaşa girmiş devletlerin vatandaşı olanlar ile ABD'nin kara listesinde olan kişilerin mallarına uyguladığı müsadere tedbirleri sonucu *Nottebohm*'un tüm mallarını müsadereye tabi tutmuştur.[10]

Nottebohm'un şahsına ve mallarına karşı yapılmış olan söz konusu muameleler için Lihtenştayn 17 Aralık 1951 tarihinde Divan'da Guatemala aleyhine söz konusu davayı açmıştır. Lihtenştayn, Guatemala'nın uluslararası hukuka aykırı bir şekilde hareket ederek *Nottebohm*'un şahsına ve mallarına karşı yapılmış olan iş ve işlemlerin eski hale getirilmesini ve tazminini Divan'dan talep etmiştir.[11]

Nottebohm'a Guatemala'daki hukuki prosedürlere hiçbir müdahale hakkı tanınmaması ve ülkeye kabul edilmemesi nedeniyle, Lihtenştayn bakımından bu işlemlere karşı tek yol olarak vatandaşı için Guatemala'ya aleyhinde diplomatik himaye hakkını kullanarak Divan'da bir dava açması kalmıştır. Lihtenştayn, bir başka ülkenin uluslararası hukuka aykırı olarak vatandaşına vermiş olduğu bu zararlara karşı diplomatik himaye ilkesine dayanarak Divan'da talepte bulunmuştur. Guatemala ise karşılık olarak diğerlerinin yanı sıra özellikle, Lihtenştayn'ın himaye talep etmiş olduğu kişinin vatandaşlığındaki sorun nedeniyle taleplerinin kabul edilemeyeceğini ileri

---

[10] Olaylar silsilesini tamamlamak bakımından belirtilmelidir ki, Amerikan hükümeti *Nottebohm*'un Nazi sempatizanı olduğuna dair somut bir kanıt bulunamadığı sonucuna varmıştır. Guatemala'daki ABD Elçiliği 1945 Aralık tarihli bir memorandumda, *Nottebohm* adının Nazi partisi listesinde bulunmadığını belirterek, kendisinin ne partinin bir üyesi olduğuna ne de bir Hitler sempatizanı olduğuna dair açık bir delil olmadığını beyan edilmiştir. TWAITES Rayner, "The Life and Times of the Genuine Link", **Victoria University of Wellington Law Review (VUWLR)**, (2018) 49, s. 651. https://ojs.victoria.ac.nz/vuwlr/article/view/5345 Son erişim tarihi 20 Şubat 2021.

[11] *Nottebohm* Kararı, s.12.

sürmüştür. Guatemala'ya göre, *Nottebohm*'un Lihtenştayn yetkili makam kararıyla kazanmış olduğu vatandaşlığı uluslararası hukuka göre kabul edilemez ve bu nedenle de dava reddedilmelidir.

Divan, tarafların karşılıklı iddiaları üzerine yapılacak incelemenin *Nottebohm*'a verilmiş olan vatandaşlığın Divan önündeki bu davada Guatemala'ya karşı meşru olup olmadığının tespit edilmesi olduğunu ve bu sorunun sınırlı kapsamının ötesine geçmeyeceğini belirtmiştir. Divan ayrıca, bu sorunun uluslararası hukuk temelinde cevaplanmasının zorunluluğuna da vurgu yapmıştır.[12] İlaveten, dava kapsamında incelenecek sorunun *Nottebohm*'un vatandaşlığının Lihtenştayn hukukuna göre geçerli olup olmadığı da değildir.[13] Böyle olmakla beraber, yine kararda belirtildiğine göre, devletler her ne kadar kendi hukuklarına göre kimlerin vatandaşı olacaklarını tayin yetkisine sahip ise de, olayda Lihtenştayn'ın söz konusu yetkisini kullanarak almış olduğu vatandaşlık kararının uluslararası bir etkisinin olup olmadığı bu davada tartışılmıştır.[14] Divan, uluslararası etkinin gerçekleşebilmesi için ilgili devlet Lihtenştayn'ın vatandaşlığa alma kararının kendi hukukuna göre geçerli olmakla beraber yeterli olmadığını, çünkü uluslararası ilişkilerdeki vatandaşlık kavramının gereklerine uyulmadan ilgili vatandaşlığın bahşedildiğini belirtmiştir.[15]

Divan, aslında bir anlamda herhangi bir vatandaşlığın uluslararası arenada başka bir devlete karşı ileri sürülerek bir koruma talep edilmesi halinde, kendisi için koruma talep edilen kişinin koruma talep eden devletle olan vatandaşlık ilişkisini bir normatif statü olarak yeterli görmemektedir. Divan'a göre, bu uluslararası etkinin söz konusu olabilmesi için ilave bazı şartlar da gereklidir. Ancak, Divan her ne kadar vatandaşlığın verilmesine ilişkin olarak iç hukuku sorgulamıyorum demiş olsa bile, varmış olduğu bu sonuç kanımızca ulusal vatandaşlık kanunlarının içerik olarak sorgulanmasından başka bir şey değildir.

Uluslararası ilişkiler ya da uluslararası hukuk bakımından dikkate alınması gerekli kriterler için Divan bu kararında, her ne kadar "gerçek ve etkin vatandaşlık" (*real and effective nationality*) adı altında geçmişi bulunan[16] bir kavram olsa da "gerçek bağlantı" kavramından ilk kez bu davada bahsetmektedir.

---

12 *Nottebohm* Kararı, s.17.

13 Ibid, s.20 son paragraf.

14 Ibid, s.21 ilk paragraf.

15 Ibid, s.26 ilk paragraf.

16 Aslında etkin ya da baskın vatandaşlık kavramının kabul edildiği ilk karar olarak *Canevaro* kararına atıf yapılmakla beraber, bu karardan yıllar önce ilke ismen geçmese de içerik olarak ba-

Karara göre Divan, öncelikle her devletin kendi vatandaşlığını tayin yetkisinin devlete ait olduğunu belirtmektedir. Çünkü, demografik şartların çeşitliliği nedeni ile vatandaşlık konusunda genel bir anlaşmaya varmak imkansızdır. Bu nedenle, vatandaşlığa alma koşullarını tespit ya da tayin etme yetkisi her devletin kendisine bırakılmıştır. Ancak böyle olmakla beraber,

> "... bir devlet, bu şekilde belirlediği kuralların başka bir devlet tarafından tanınması gerektiğini ileri süremez. Meğer ki bu devlet, vatandaşlık hukuki bağını, birey ile onu diğer devletlere karşı savunmayı üstlenmiş olan devlet arasındaki *gerçek bağlantı* ile uyumlu hale getirme amacına uygun bir şekilde hareket etmiş olsun.[17]". (Yatık form yazarındır.)

Divan, kararın ilerleyen bölümünde ilaveten, devletlerin uygulaması, doktrin, tahkim ve mahkeme kararlarına atıf yaparak aşağıdaki tespiti yapmıştır:

> "... vatandaşlık karşılıklı hak ve yükümlülüklerin varlığı ile birlikte sosyal bir bağlılık vakasını, mevcudiyet, menfaat ve duygulardan oluşan bir *gerçek bağlantıyı* temel alan hukuki bir bağdır. Bunun, doğrudan kanun ile veya yetkili makamların tasarrufları ile vatandaşlık bahşedilen kişinin, gerçekte başka bir devletinkine nazaran kendisine vatandaşlığı veren devletin halkı ile daha yakın bağlantı içinde olmasının hukuki ifadesini teşkil ettiği söylenilebilir."[18]. (Yatık form yazarındır.)

---

zı kararlarda kullanılmıştır. CASAS bu konuda ABD-Büyük Britanya Haklar Komisyonunun *Anthony Barclay* davasında verdiği karara referans yapmaktadır. Bu kararda etkin vatandaşlık ifadesi geçmese de bir tarafın milli karakterinin ikamet ettiği yer ile değil onun "olağanüstü bağlılığı" (*paramount allegiance*) ile tespit edileceğini söylemiştir. CASAS Manuel, "*Nationalities of Convenience, Personal Jurisdiction and Access to Investor-State Dispute Settlement*", **International Law and Politics**, Vol 49, 2016, s.93. https://nyujilp.org/wp-content/uploads/2010/06/49NYUJILP63_CASAS.pdf. Son erişim tarihi 21 Şubat 2021. Peru'da ticaret yapan *Canevaro* kardeşlerin zararlarına atfen İtalya-Peru davasında, Lahey'deki *Permanent Court of Arbitration* (PCA) idaresinde davayı gören hakem heyeti, kardeşlerden birinin doğumla İtalyan ancak doğum yeri esası itibariyle Peru vatandaşı olması karşısında, bu kardeşin Peru'yla olan bağlarını dikkate alarak onu Peru vatandaşı olarak kabul etmiştir. Karar için bakınız *Canevaro Claim*, PCA, İtaly v Peru https://pcacases.com/web/sendAttach/516. Son erişim tarihi 21 Şubat 2021.

[17] Karardan Türkçe özet için bakınız GÜNDÜZ Aslan, **Milletlerarası Hukuk: Konu Anlatımı, Temel Belgeler, Örnek Kararlar**, Editör Reşat Volkan Günel, Ankara, Tıpkı 10. Baskı, Eylül 2019, s. 447; Orijinal metin: "*... a State cannot claim that the rules it has thus laid down are entitled to recognition by another state unless it acted in conformity with this general aim of making the legal bond of nationality accord with the individual's* ***genuine connection*** *with the state which assumes the defence of its citizens by means of protection as against other states."* (Koyu form yazarındır.) *Nottebohm* Kararı, s. 23 paragraf 2.

[18] Türkçe tercüme GÜNDÜZ, s.449: Orijinal metin: "*... nationality is a legal bond having as its basis a social fact of attachment, a* ***genuine connection*** *of existence, interests and sentiments, together with the existence of reciprocal rights and duties. It may be said to constitute the juridical expression of the fact that the individual upon whom it is conferred, either directly by*

Divan'ın devletlerin kişilere vatandaşlık bahşederken yukarıdaki tespitleri yeterli görmeyerek, diğer bazı önermelerde de bulunduğunu görmekteyiz. Divan'a göre telsik yani yetkili makam kararıyla vatandaşlığa alma hafife alınamayacak kadar önemli bir meseledir. Divan, vatandaşlığa alınmanın kişinin hayatına etkisini de aşağıdaki ifadelerle açıklamıştır:

> "Telsik yoluyla vatandaşlığa alma hafife alınacak bir konu değildir. İnsan hayatında böyle bir şey istemek ve elde etmek çok sık olarak karşılaşılan bir durum da değildir. Bu, kişinin bir sadakat bağını kırıp bir diğerini kurmasını içerir. Onu elde eden için ileriye dönük sonuçları olabilir ve onun kaderinde önemli değişikliklere yol açabilir. Onu kişisel olarak etkiler ve bunu sadece mülkiyet üzerinde doğuracağı etkiler açısından incelemek bu olayın derin önemini yanlış anlamak olur. Bu olayın uluslararası etkisini değerlendirmek için, sadece kişinin ona vatandaşlığı veren ülkeden yana yaptığı sözlü tercihi değil, vatandaşlığın verildiği koşulları ve onun tanıdığı *gerçek ve etkili* ciddi özelliği göz ardı etmek imkansızdır."[19] (Yatık form yazarındır).

Divan bu tespitlerinden sonra, *Nottebohm*'un Lihtenştayn vatandaşlığına alınma zamanındaki alışkanlıkları, yerleşimi, menfaatleri, faaliyetleri, aile bağları ve geleceğe yönelik niyetleri bakımından diğer herhangi bir başka bir ülkeye göre Lihtenştayn'a daha yakın bir şekilde bağlanmış görünüp görünmediği sorusunu sormuştur. Bu soruya cevaben ise, *Nottebohm*'un vatandaşlığa alınma talebinin altında yatanın sadece başvuru anında bir aydır savaşı başlatmış olan ve doğumla vatandaşlığını kazandığı Alman hükümetinden kendisini ayrıştırmak olduğu ve yukarıda olaylar kısmında anlatılmış olanlara rağmen her hâlükârda Lihtenştaynla olan bağının "aşırı zayıf" olduğunu belirtmiştir. Divan sonuç olarak, hızlı ve lütufkar bir şekilde istisnai

---

the law or as the result of an act of the authorities, is in fact more closely connected with the population of the State conferring nationality than with that of any other State.". *Nottebohm* kararı, s.23 paragraf 3. (Koyu form yazara aittir).

[19] Türkçe tercüme GÜNDÜZ, s.449-450; Orijinal metin: "*Naturalization is not a matter to be taken lightly. To seek and to obtain it is not something that happens frequently in the life of a human being. It involves his breaking of a bond of allegiance and his establishment of a new bond of allegiance. It may have far-reaching consequences and involve profound changes in the destiny of the individual who obtains it. It concerns him personally, and to consider it only from the point of view of its repercussions with regard to his property would be to misunderstand its profound significance. In order to appraise its international effect, it is impossible to disregard the circumstances in which it was conferred, the serious character which attaches to it,* ***the real and effective****, and not merely the verbal preference of the individual seeking it for the country which grants it to him.*". (Koyu form yazarındır.) *Nottebohm* kararı, s.24 paragraf 3.

koşullarla verilmiş olan bu vatandaşlığın kişinin hayat tarzını hiçbir şekilde değiştirmediğini ve Lihtenştaynla önceki gerçek bir bağlantıya dayanmadığını ifade etmiştir. *Nottebohm* aslında bu vatandaşlığa alınmayı Lihtenştayn toplumunun bir üyesi olduğunun hukuken tanınması amacıyla değil, fakat daha ziyade saldırgan bir devletin (Almanya) vatandaşlığını tarafsız bir devletin vatandaşlığı ile değiştirmek için istemiştir. Divan'a göre, *Nottebohm*'un yegâne amacı tarafsız bir ülke olan Lihtenştayn'ın koruması altına girmek olup, Lihtenştayn gelenekleri, menfaatleri, yaşam biçimi ile bütünleşmek veya bu statünün getirdiği hakları ve -mali yükümlülükler dışında- diğer yükümlülükleri üstlenmek amacını taşımıyordu.[20]

Divan, Guatemala'nın bu vatandaşlığı tanımak zorunda olmadığı ve Lihtenştayn'ın da söz konusu diplomatik korumayı talep etmeye yetkisi olmadığı gerekçeleriyle davanın kabul edilemez (*inadmissable*) olduğuna, yani işin esasının görüşülemeyeceğine üçe karşı on bir oyla karar vermiştir.

Divan'a göre, *Nottebohm* her ne kadar Lihtenştayn hukukuna göre vatandaşlık kazanmış ise de bu durum, vatandaşlığın başka bir devlete karşı ileri sürülmesi için yeterli görülmemiştir. Korumanın talep edilebilmesi için, söz konusu vatandaşlığın kararda ifade edildiği üzere fiili duruma da uygun olması gerekir.[21]

III. GERÇEK BAĞLANTI İLKESİNİN ETKİLERİ

Nottebohm kararının uluslararası pratikte ve doktrinde çeşitli yansımaları olmuştur. Karar hakkında birçok lehte ve aleyhte görüşler belirtilmiştir. Karara yapılan eleştirilerin çoğunlukla karardaki karşı oyları takip ettiği söylenilebilir. Öte yandan ifade etmek gerekir ki, kararın leh ve aleyhinde görüş bildiren herkesin üzerinde görüş birliğinde olduğu husus, kararın önemli bir karar olarak vatandaşlık hukuku bakımından çok kapsamlı etkilere yol açmış olmasıdır.[22]

---

[20] *Nottebohm* Kararı, s.24-26.

[21] *Nottebohm* Kararı, s. 22 son paragraf.

[22] Kararın verilişini izleyen ilk yıllarda dahi doktrinde leh ve aleyhte birçok yayın yapılmıştır. Hatta, kararın eleştirisi ile ilgili bir kitap da H.F. Van Panhuys tarafından "The Role of Nationality in International Law"(1959) adıyla kaleme alınmıştır. Bakınız KUNZ Josef L, "the Nottebohm Judgement (Second Phase)", **The American Journal of International Law**, Jul.1960, Vol.54, No.3, s. 537-538 ve dipnotlar 4-9'da anılan eserler.

1. İlkenin Dar Kapsamlı Etkileri

Öncelikle tespit etmek gerekir ki, Divan'ın önüne gelmiş olan dava bakımından izlenmesi gereken herhangi bir uluslararası içtihat *stare decisis* bulunmamaktaydı. Muhtemelen bu nedenledir ki; Divan, söz konusu karara ulaşırken aslında bir prensip inşa amacından ziyade kararını diplomatik himaye konusuna özgüledi. Ancak, zaman içinde karardaki "gerçek bağlantı" dogması vatandaşlık hukukunun ulusal ve uluslararası alanına yayıldı.

Karardaki çoğunluk görüşünün dayanak aldığı temel kavramlar birden fazla vatandaşlık ya da çifte vatandaşlık sorunlarıyla gündeme gelmiş olan pozitif düzenlemelerde ve diğer bazı kararlarda yer almış bulunmaktadır. Divan'ın kararını oluştururken referansına esas aldığı prensipler devletler arasındaki uluslararası tahkim yargılamalarında hakemlerin geliştirmiş ve uygulamış oldukları prensiplerdir. Ancak söz konusu uluslararası tahkim yargılamalarında konu olan mesele, kendisi için koruma talep edilen kişinin hem davacı hem de davalı devletin vatandaşlığına sahip olması halinde korumanın kapsamına ilişkindir. Divan, önündeki mevcut dava için de bu prensiplerin uygulanabilir olduğunu ifade etmiştir. Divan, çifte vatandaşlık olduğunda hangi vatandaşlığın nazara alınacağına dair sorunun cevabını "gerçek ve etkili vatandaşlık" olarak belirtmiştir. Yine karardaki çoğunluğun referans verdiği 1930 tarihli Lahey Sözleşmesinin ilgili 4. ve 5. maddeleri de aynı şekilde çifte vatandaşlık konusunda bir düzenleme getirmiştir.[23] Divan bu ilkeyi alıp, yeni bir kriter ihdas ederek "gerçek bağlantı" olarak adlandırmış, ancak büyük bir farkla onu karara konu olaydaki tek vatandaşlık için kullanmıştır. Çünkü yukarıdaki dava konusu olayda görüldüğü üzere *Nottebohm*'un sadece Lihtenştayn vatandaşlığı mevcuttur. Yürürlükteki Alman vatandaşlık kanununa göre Lihtenştayn vatandaşlığını kazanmasıyla Alman vatandaşlığını kaybetmiştir.

---

[23] *Nottebohm* kararı, s.21-22. 1930 tarihli Lahey Sözleşmesinin 4. maddesi diplomatik himaye yasağı ilkesinden bahsetmektedir: "Bir Devlet, vatandaşlarından birine bu kişinin aynı zamanda vatandaşlığına sahip olduğu bir başka Devlete karşı diplomatik koruma sağlayamaz.". 5. maddede ise, çifte vatandaşlık halinde hangi ülkenin diplomatik himayesinin söz konusu olacağına dair ilke yer almaktadır: "Üçüncü bir Devlette, birden fazla tabiiyeti olan bir kişi, sanki tek bir vatandaşlığa sahipmiş gibi muamele görecektir. Kişisel statü ve yürürlükteki sözleşmelerle ilgili konularda kendi hukukunun uygulanmasına halel getirmeksizin üçüncü bir devlet, böyle bir kişinin sahip olduğu vatandaşlıklardan ya olağan veya esaslı olarak yerleştiği ya da koşullara göre fiilen en yakından bağlantılı göründüğü ülkenin vatandaşlığını münhasıran tanıyacaktır.".

Önceki uluslararası kararlarda ifadesini bulmuş olan gerçek ve etkin vatandaşlık ilkesinin kullanımı sonraki yıllardaki kararlarda da özellikle birden fazla vatandaşlık söz konusu olduğunda uygulama alanı bulmuş, ancak Divan'ın bu kararı tek vatandaşlık bakımından eleştirilmiştir.

İkinci dünya savaşını kaybeden İtalya ile müttefik devletler arasında imzalanan Barış Antlaşması kapsamında kurulmuş olan İtalya-Birleşik Devletler Uzlaştırma Komisyonunun ("Komisyon") meşhur bir kararında bu eleştiri açıkça dile getirilmiştir. Lihtenştayn kararından üç yıl sonra *Flegenheimer* davasında Komisyonun vermiş olduğu karar ilginçtir. *Flegenheimer* İtalya'da savaş nedeniyle mal varlığını ederinin altında bir bedelle satışa zorlanarak zarar görmüştür. ABD, diplomatik himaye temelinde çalışan Komisyon'da İtalya aleyhine *Flegenheimer* adına dava açmıştır. İtalyan hükümeti öncelikle *Flegenheimer*'ın Antlaşmaya göre Komisyonda dava açmaya hakkı olan devletlerden birinin ve her hâlükârda ABD'nin vatandaşlığını taşımadığını ileri sürmüştür. İlaveten, *Nottebohm* kararına da dayanarak, etkin vatandaşlık kriterine referans vermiştir. İtalya iddiasında, sosyal dayanışma ile de desteklenmeyen salt nominal bağlantının devletle kişi arasındaki vatandaşlığın nazara alınacak etkin bir vatandaşlık olmadığını ileri sürmüştür.

Komisyon, *Flegenheimer*'ın ABD vatandaşı olmaması sebebiyle İtalya'nın iddiasını kabul etmiş ve ABD'nin davasını ya da talebini reddetmiştir. Böyle olmakla beraber Komisyon, *Nottebohm* kararında yer alan etkin vatandaşlık kriteriyle ilgili olarak, vatandaşlığın tespiti bakımından kararda ortaya konulan gerçek bağlantı koşulunun genel bir uluslararası hukuk kuralı olarak yerleşmesinin şüpheli olduğunu belirtmiştir.[24] Komisyon, etkin bağlantı kriterinin bir kişinin tek vatandaşlığa sahip olduğu hallerde kullanılmasının karışıklığa yol açmadan mümkün olmayacağını belirtmiştir.[25] Ayrıca,

---

[24] *Flegenheimer* kararı, s.376, *Flegenheimer* Case-Decision No.182, **Reports of International Arbitral Awards**, Vol. XIV, https://legal.un.org/riaa/cases/vol_XIV/327-390.pdf. Son erişim tarihi 22 Şubat 2021.

[25] Daha önce de genel olarak ifade edildiği şekliyle, etkin vatandaşlık kriteri birden fazla vatandaşlık ya da çifte vatandaşlığın söz konusu olduğu hallerde hakem mahkemeleri ve uluslararası komisyonlar tarafından kabul edilmiştir. Örneğin; Komisyon'un *Mergé* davasında vermiş olduğu karar da burada zikredilebilir. *Mergé* hem ABD hem de İtalyan vatandaşlığına sahipti. ABD yine *Mergé* lehine İtalya'ya karşı diplomatik himaye temeline dayanan zarar tazmini talebinde bulunmuştu. Talep eden ülke ve kendisinden talep edilen her iki ülkenin vatandaşlığına sahip kişiler adına diplomatik himayede bulunulması halinde, devletlerin eşitliği ilkesi gereğince normal şartlarda bu talebin reddine karar verilmesi beklenirdi. Ancak Komisyon'a göre, bu gibi hallerde dahi etkinlik kriterinin kullanılabilmesi mümkün olabilmelidir. 1930 tarihli Lahey Sözleşmesinin 4. maddesinde ifade edilen eşitlik kriteriyle birlikte onu izleyen 5.

bu kriter bir devletin hukukunda ifadesini ve desteğini bulan vatandaşlığa uygulanacak yeterli pozitif temelden yoksundur. Komisyon, söz konusu kriterin genelleşmesi konusundaki endişesini de dile getirmiştir. Komisyona göre, politik bir birliktelik ile bu bağın etkin olduğuna dair ispatlanmış bir kriter yoktur. Modern dünyanın yolculukları kolaylaştırmış olması sebebiyle bir devletin pozitif hukuki vatandaşlığına sahip, ancak ailesi ile birlikte yaşadığı yeri ve işlerinin merkezini başka bir devlete taşımış olan binlerce kişi *Nottebohm*'daki doktrin genelleşirse vatandaşlığına sahip oldukları devletler bakımından uluslararası alanda koruma dışında kalacaktır.[26]

Öte yandan, *Nottebohm* kararındaki çoğunluk bulguları ve tespitlerine ilişkin kararda üç adet karşı oy yazılmıştır. Hakimlerden *Klaestad*, *Read* ve *ad hoc* hâkim *Guggenheim* karşı görüşlerinde çoğunluk kararını eleştirerek ilginç tespitlerde bulunmuşlardır.

Öncelikle, bir vatandaşlığın geçerli olup olmadığı meselesi tamamen ilgili olduğu devletin iç hukukuna göre tespit edilecektir. Meğer ki, bir hile ya da hakkın kötüye kullanılması söz konusu olsun. Bu son ihtimallerde söz

---

maddedeki etkin vatandaşlık kriterinin kabul edilmiş olmasının, her iki ilkenin bir çatışması değil bilakis aksine bu iki ilkenin karşılıklı olarak birbirini tamamlaması söz konusudur. O halde, devletlerin eşitlik ilkesine dayanan ve olayda olduğu gibi çifte vatandaşlık halinde diplomatik himayeyi yasaklayan ilke, etkin vatandaşlık diplomatik himayeyi talep eden devletin vatandaşlığı olduğu zaman artık yerini etkin vatandaşlık ilkesine ya da kriterine bırakmalıdır. Komisyon devamla olağan yerleşme yeri kriteri yanında, kişinin ekonomik, sosyal, siyasi, sivil ve aile yaşantıları bakımından izlediği tutum ve ilgili devletlerden biri ile daha yakın ve daha etkin bağ oluşturma halinin de dikkate alınması gerektiğini ifade etmiştir. *Mergé* Case - Decision No.55, **Reports of International Awards**, Vol.XIV, s.246-247. https://legal.un.org/riaa/cases/vol_XIV/236-248.pdf. Son erişim tarihi 22 Şubat 2021; Diplomatik himaye ile ilgili olmayan daha yeni tarihli bir olayda İran-ABD Uyuşmazlık Divanı, hem ABD hem İran vatandaşlığına sahip kişilerle ilgili dava açabilme yetkisine ilişkin İran'ın yapmış olduğu başvuruyu çoğunluk olarak karar bağlarken, şu tespitleri yapmıştır: Davacının ilgili zamanda "baskın ve etkin vatandaşlığı" (*dominant and effective nationality*) ABD vatandaşlığı ise heyet bu davalarda yetkilidir. Karar verilirken diğerlerinin yanı sıra büyük ölçüde *Nottebohm* ve *Mergé* kararlarına atıf yapılmıştır. Ayrıca *Mergé* kararında olduğu gibi, uluslararası uygulamada eğilimin 1930 tarihli Lahey sözleşmesinin 4. maddesinde anlamını bulan eşitlik ilkesinin ve dolayısıyla sorumsuzluk ilkesinin yerini, kişilere kendi vatandaşı olduğu devletlere karşı dahi koruma sağlayan ilke ile değişmekte olduğu da ifade edilmiştir. Iran-United States Claims Tribunal, Case No. A/18, Iran- United States Claims Tribunal Reports, Vol.5, 1985, s. 260 vd. https://files.pca-cpa.org/pcadocs/bi-c/1.%20Investors/4.%20Legal%20Authorities/CA128.pdf. Son erişim tarihi 22 Şubat 2021. Heyetin İranlı üyeleri çoğunluk görüşüne katılmamışlardır. Bakınız LEIGH Monroe, "Decision of the Iran-United States Claims Tribunal, Jurisdiction-dual nationality", **The American Journal of International Law**, Oct., 1984, Vol. 78, No. 4 (Oct., 1984), s. 912-914. https://www.jstor.org/stable/2202213?refreqid=excelsior%3Af433c42f43cdf6daeba1218ea10a2b64&seq=1#metadata_info_tab_contents. Son erişim tarihi 22 Şubat 2021.

[26] *Flegenheimer* Kararı, s. 377.

konusu vatandaşlığın diğer devletlerce tanınmaması söz konusu olabilir. Devletin kendi vatandaşlarını tayin etme yetkisine aykırı ne bir uluslararası sözleşme ne de uluslararası bir teamül vardır. Divan'ın bir uluslararası mahkeme olarak *Nottebohm*'un vatandaşlığını, vatandaşı olduğu devletin iç hukukuna göre bir denetleme görevi de yoktur. Hatta, Divan iç hukuktaki kurumların yerine geçerek iç hukukta dahi olmayan bir yetkiyi kullanamaz.[27]

Gerçek bağlantı bakımından ise, olaydaki verilere göre telsik suretiyle bir vatandaşlığın bahşedilmesine aykırı bir uluslararası teamül bulunmamaktadır. Çoğunluk kararında ortaya konulan "başvurunun gerçekliği (*genuineness*)", "yeni devlete sadık olma", "yeni ülkeyi ekonomik menfaatlerin merkezi yapma" ve "yeni topluma entegre olma niyeti" gibi sübjektif kriterler sadece keyfiliğe yol açar. Çoğunluk "gerçek bağlantı" kriteri için objektif bir tanım da sunmamıştır. Söz konusu ileri sürülen kriterler uluslararası bir teamülü de yansıtmamaktadır. Uluslararası hukukta telsik suretiyle vatandaşlığın verilişinde söz konusu motiflerin dikkate alınması gerektiğine dair bir kural yoktur.[28]

Bu şekilde bir bağın aranması yüzbinlerce hatta milyonlarca ülke dışında yaşayan kişilerin doğumla kazanmış oldukları vatandaşlıklarının sorgulanmasına ve bu kişilerin vatandaşı oldukları devletlerin hukuki himayesinden yoksun kalmalarına yol açar. Örneğin, o dönemde dahi dünyada Çin, Birleşik Krallık, Fransa, Rusya ve Hollanda gibi birçok ülkenin vatandaşı bu durumdadır. O nedenle, devletle vatandaşı arasındaki bağı tespit eder ya da yorumlarken uluslararası hukuk sadece hukuki olayların statüsel görünümüne bakacak, yoksa tespiti zor olan niyet ve motifleri okumaya çalışmayacaktır. Aksine, uluslararası hukuk devletlere bu konuda takdir yetkisi vermektedir. Telsik ile vatandaşlığın kazanılmasından sonra mutlaka herhangi bir yerleşme niyeti de aranmamaktadır.[29]

Kararda çoğunluk tarafından söz konusu kriterler bakımından atıf yapılmış olan kaynaklar yalnızca çifte vatandaşlık hallerini kapsamaktadır. Oysa dava konusu olayda çifte vatandaşlık değil, tek vatandaşlık söz konusudur. Öte yandan, belirtmek gerekir ki, karar zamanındaki eğilimler dahi çifte vatandaşlık önceki ülkeyle bağların koparılması şartına bağlı değildir.[30]

---

27 *Nottebohm* Kararı, s. 51-52 (Guggenheim), s.37, 40 (Read), ve s.28-29 (Klaestad).

28 Ibid, s.55-57(Guggenheim), s.42, 46, 49(Read), s.30 (Klaestad).

29 Ibid, s.43-45(Read), s.56(Guggenheim).

30 Ibid, s.29 (Klaestad), s.40, 42(Read), s.59(Guggenheim).

Azınlık görüşüne göre, söz konusu başvurunun ret gerekçesi ancak hile ya da hakkın kötüye kullanılması olabilirdi. Ancak olayda her ikisi de söz konusu değildir. Herhangi bir hile ispat edilebilmiş değildir. Vatandaşlığın elde edilmesinde iç hukuk mevzuatına göre bir bedel ödenmiş olması da hile oluşturmaz. *Nottebohm,* vatandaşlığını Lihtenştayn hukukuna uygun bir şekilde kazanmıştır. Hakkın kötüye kullanılması bakımından ise, bunun mevcut olabilmesi için Lihtenştayn tarafından vatandaşlığa alınma işleminin Guatemala için bir zarara sebebiyet vermesi gereklidir. Halbuki, telsik zamanında Guatemala savaşa dahil bile olmamıştı.[31] Sonuç olarak, davanın bu aşamasında yani ilk itiraz olarak yapılan incelemede, Divan bu itirazı dar yorumlamak zorundadır. Bu nedenle davanın esasına girip değerlendirmelerini yapması gerekirdi. Adaletin gerçekleşmesi engellenmemelidir.[32]

Aslında kararın varmış olduğu sonucun uygulamada etkisi bakımından sınırlı ya da dar yorumlanması ve sadece diplomatik himaye konusuna özgülenmesi de sonucu haklı göstermekten uzaktır. Divan'ın sonuca bağladığı şekilde bakarsak, *Nottebohm*'un ilgili hukuka uygun olarak kazanmış olduğu vatandaşlığı özellikle diplomatik himaye söz konusu olduğunda dikkate alınmayacak demektir. Bu anlamda Divan'a göre, *Nottebohm* adeta vatansız statüsündedir. Oysa Divan'ın kendi tespitlerinden hareket ettiğimizde dahi, *Nottebohm*'un Divan'da ilgili davanın açılmasından önceki dönemde 1946 senesinden itibaren Lihtenştayn'da sürekli ikamet ettiği görülmektedir. Yani, Lihtenştayn vatandaşlığının *Nottebohm*'un etkin vatandaşlığı olduğunu söylemek mümkündür. Ayrıca, *Nottebohm* hakkında Guatemala tarafından alınan el koyma kararları da yine bu dönem içinde 1949 senesinde gerçekleşmiştir. Karar bu bakımdan kendi mantığında dahi olaylara doğru uygulanmamıştır.

Diplomatik himaye yanında vatandaşlıkla ilgili bir diğer sonuç, vatandaşın sınır dışı edilememesine karşın vatandaş olmayanın ise ülkesine iade edilebileceğidir. Devlet ile vatandaşı arasındaki bu ilişki diğer devletlere karşı diplomatik himaye kapsamında bir hak olarak kendini gösterirken, aynı

---

[31] Ibid, s.31-32(Klaestad), s.49(Read), s.58, 64-65(Guggenheim). Divan, bu kararında varmış olduğu sonucu hakkın kötüye kullanılması ilkesine dayandırılmamış olsa da, kararın Divan'ın Statüsünün 38/1. maddesine göre hukukun genel ilkelerinden olan hakkın kötüye kullanılmasına (*abuse of rights*) ilkesine göre verilmiş olduğuna dair görüş için bakınız SLOANE, s.4, 18 vd. UNAT da vatandaşlığın gerçekliği genel ilkesinden hareket ederek bu ilkeyi belli yaptırımlara bağlayan somut hukuk kurallarına varılması sürecinde hakkın kötüye kullanılması ilkesinin bir ara-aşama rolünü oynayabileceğini belirtmektedir. UNAT, s.98.

[32] *Nottebohm* Kararı, s. 63 vd. (Guggenheim).

devlet için yabancı bir ülkeden sınır dışı edilen vatandaşını ise ülkesine kabul etme borcu olarak ortaya çıkar.

Divan kararı bu kapsamda ve dayanmış olduğu esaslar bakımından belli faraziyeler ileri sürülerek doktrinde eleştirilmiştir. Örneğin, *Frederich Nottebohm*'un bir kardeşi *Hans* aynı tarihte 1939 senesinde Lihtenştayn vatandaşlığını aynı şekilde kazanmış ve *Frederich* İkinci Dünya Savaşı nedeniyle ABD'de tecrit edilirken *Hans* Guatemala'da tecrit edilmiş olsun. Savaştan sonra her ikisinin de malları Guatemala tarafından kamulaştırılsın. *Frederich* Guatemala tarafından ülkeye kabul edilmemesi nedeniyle Lihtenştayn'a dönsün ve Lihtenştayn da Divan'da diplomatik himaye kapsamında dava açsın. Aynı zamanda Guatemala da kamulaştırılan mallarla ilgili davalar başlamadan *Hans*'ı sınır dışı etmek istesin. Bu ihtimalde Guatemala, *Frederich*'in Lihtenştayn vatandaşlığını reddederken, *Hans*'ı onu kabul etmek durumunda olan vatandaşı olduğu Lihtenştayn'a sınır dışı edebilmek için *Hans*'ın Lihtenştayn vatandaşı olduğunu ileri sürmek durumunda kalacaktır.[33] Benzer şekilde, olaydaki tüm veriler mevcut kalmak kaydıyla *Frederich Nottebohm* Almanya değil de Lihtenştayn'da doğmuş ve doğumla bu vatandaşlığı kazanmış olsun. Toprak esası *ius soli* ile kazanılan bu vatandaşlığı devletlerin bahşetmesinde geleneksel olarak herhangi bir meşruiyet sorunu da bulunmamaktadır. Ancak, diğer taraftan sadece tesadüfi de olabilecek bu doğum olayı, *Nottebohm* ile Lihtenştayn arasında kararda ileri sürülen gerçek bağlantıyı tesis etmeye yetmeyecektir. Böyle olmakla beraber, karara konu olayların bütünü içinde az bir yer işgal etmesine rağmen sadece bu değişiklik muhtemelen onun Lihtenştayn vatandaşı olarak kabul edilmesini sağlayabilecektir. Kararda tanımlanan şekilde bir sosyal bağ ve gerçek bağlantı yaratmamasına rağmen Divan, Lihtenştayn'ın bu davasını kabul edilebilir bulabilecektir. Burada gerek *ius soli* gerek soy esası *ius sanguinis* suretiyle vatandaşlık kazanımına gerçek bağlantı kriteri gözlüğü ile baktığımızda, Divan nazarında, bu bağlantı oluşmamış olsa bile vatandaşlığı kabul sorunu doğmayabilecekti.[34]

Bu faraziyeler de bize göstermektedir ki, vatandaşlığın telsik, *ius soli* veya *ius sanguinis* yollarıyla kazanılmış olması mutlaka bir gerçek bağlantının varlığına bağlı değildir ve olmamalıdır.

---

[33] MACKLIN Audrey, "Is it Time to Retire *Nottebohm*?" **Symposium on Framing Global Migration Law** - Part III AJIL Unbound / Volume 111 / 2017, https://www.cambridge.org/core/journals/american-journal-of-international-law/article/is-it-time-to-retire-nottebohm/C32A557A10C5FD2EAB1D1949D8E6D6BD, s. 495. Son erişim tarihi 22 Şubat 2021.

[34] SLOANE, s.17-18.

Öte yandan, bazı kodifikasyon çalışmalarında *Nottebohm* kararının pozitif hukuka etkisi olarak ifade edilebilecek etkilerini görmek mümkün olabilmektedir. Örneğin, Amerikan 3. *Restatement*'ın diplomatik himaye ile ilgili hükümlerinde genel bir kural olarak, kişinin bir vatandaşlığa sahip olabileceği, ancak diğer devletlerin bu vatandaşlığın devletle kişi arasında gerçek bağlantıya dayanmadığı hallerde kabul etmek zorunda olmadığı belirtilmiştir.[35] Yine benzer şekilde, Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu (*International Law Commission, ILC*), diplomatik himaye konusundaki ilk raporunda *Nottebohm* kararına atfen, bu davanın vatandaşlık konusunda devletle vatandaşı arasında "etkin" ve "gerçek" bir bağlantı aranması bakımından otorite olarak görüldüğünü ifade etmiştir. Yine rapor, bu kriterin çift ya da çok vatandaşlık değil tek vatandaşlık için de uygulanabilir olduğunu bildirmektedir. Rapor yine de karardaki bulguların sadece bu davaya özgü olduğunu ve tüm diplomatik himaye davalarına -örneğin sıkı bağları bulunmayan bir devlete karşı- uygulanabilir olmadığını da ifade etmiştir.[36] Rapor ayrıca, aynı kurum tahtında diğer bazı raportörlerce önerilmiş taslak hükümlerde, diplomatik himayede bulunulabilmesi için devletle ilgili vatandaşı arasında "gerçek bağlantı" aranmasının önerildiğini de ifade etmektedir.[37] Kodifikasyon çalışmaları dışında uluslararası doktrinde de bazı yazarların, *Nottebohm* kararının bu şekilde daha geniş okunmasına meylettiği de belirtilmektedir.[38]

Bazı uluslararası çalışmalarda ve öğretide *Nottebohm* kararının vatandaşlık teorisi ile ilgili önermiş olduğu "gerçek bağlantı" kriterinin, Divan'ın vatandaşlığı romantik bir konsept olarak değerlendirdiği izlenimini vermektedir.[39] Gerçekten Divan kararında, vatandaşlığı pozitif ve normatif eksenin-

---

[35] **Restatement (Third) of the Foreign Relations of the United States**, 1987, paragraf 211. ABD'de Restatement olarak adlandırılan metinler American Law Institute (ALI) tarafından hazırlanırlar. Restatement esas olarak Amerikan mahkemelerini muhatap almaktadırlar. ABD'deki hukuku uygulanan haliyle net bir şekilde ifade etmeyi amaçlar. Aynı zamanda hukukun mahkemelerce nasıl uygun bir şekilde ifade edileceğine dair prensipleri de içerirler. A **Handbook for ALI Reporters and Those Who Review Their Work**, Revised Edition 2015, s. 4 at https://www.ali.org/media/filer_public/08/f2/08f2f7c7-29c7-4de1-8c02-d66f5b05a6bb/ali-style-manual.pdf. Son erişim tarihi 22 Şubat 2021.

[36] International Law Commision, **First Report on Diplomatic Protection**, UN Document A/CN.4/506 (Özel Raportör John R. Dugard tarafından hazırlanmıştır), s.228, paragraf 106 ve 100. https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_506.pdf. Son erişim tarihi 22 Şubat 2021.

[37] Ibid, s.229 paragraf 113.

[38] Bakınız Ibid s.228 dipnot 111'de zikredilen yazarlar.

[39] Örneğin bakınız Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın *Micheletti* kararında savcı *Tesauro*, vatandaşlıkla ilgili tespitlerde bulunurken *Nottebohm* kararına da atıfla, kararın veriliş dönemi itibariyle uluslararası ilişkilerin "romantik dönemi"ne vurgu yapmıştır. Aşağıda dipnot 42. Ay-

den çıkartarak onu ilgili devlete karşı duygular, menfaatler ve benzeri hissi kavramlarla bağlı olma temelleri üzerine oturtmuştur.[40]

Son dönemlerdeki bazı kararlar ve uluslararası çalışmalarda da artık bu romantik yaklaşımın terk edildiğini görmek mümkündür. Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD)'nın *Micheletti* davası buna örnek olarak verilebilir.

İtalyan anne-babadan Arjantin'de doğmuş ve mesleği diş hekimliği olan *Mario Micheletti*, *ius soli* prensibine göre Arjantin ve *ius sanguinis* prensibine göre doğumla İtalyan vatandaşlıklarına sahip olmuştur. *Micheletti* Arjantin'den İspanya'ya gelerek orada bir diş muayenehanesi açmak ve Avrupa Birliği yerleşim kartı almak için İspanyol makamlarına başvurmuştur. *Micheletti* bu başvurusuna dayanak olarak sahip olduğu İtalyan vatandaşlığını temel almıştır. İspanya bu başvuruyu, *Micheletti*'nin "etkin vatandaşlığı"nın İtalya değil ve fakat Arjantin olması nedeniyle reddetmiştir. İspanya kanunlarına göre, çifte vatandaşlık söz konusu olduğunda kişinin olağan yerleşim yerinin belirleyici olacağını ve bu yerin de Arjantin olması sebebiyle onun etkin vatandaşlığının İtalyan değil Arjantin olduğunu iddia etmiştir. Sorunun Avrupa Birliği hukukunu ilgilendirmesi nedeniyle ilgili İspanyol mahkemesi davayı ABAD'a havale etmiştir. İspanyol mahkemesi, İspanyol makamlarının tezini desteklemek için *Nottebohm* kararındaki etkin vatandaşlık kriterine atıf yapmıştır. Yine mahkeme, bu kriterin kabulü halinde yerleşim yeri gibi ilave bir bağlama noktasının kullanılmasına dahi gerek olmadığını belirtmiştir.[41]

ABAD savcısı (*Advocate General) Tesauro* yaptığı değerlendirmede, köklerini özellikle diplomatik himaye kavramı ile ilgili olarak uluslararası ilişkilerin romantik dönemine ait olan etkin vatandaşlık kriterinin bu davada uygun bir dayanak olmadığını belirtmiştir. Aynı şekilde tartışmalı *Nottebohm* davasının da konuyla ilgili olmadığını ifade etmiştir. Özellikle yerleşim yeri

---

rıca bakınız SLOANE, 4-5, 17; THWAITES, s.660; MACKLIN, s.492; WEINGERL Petra/TRATNIK Matjaz, "Citizenship by Investment Programs from the Perspective of International and EU Law", **Lexonomica**, Vol. 11, No.2 2019, s.105-106 https://www.researchgate.net/publication/338730062_Citizenship_by_Investment_Programs_from_the_Perspective_of_International_and_EU_Law. Son erişim tarihi 24 Şubat 2021.; SPIRO Peter J, "*Nottebohm* and 'Genuine Link': Anatomy of a Jurisprudential Illusion", **Investment Migration Working Papers** IMC-RP 2019/1, s. 15 https://investmentmigration.org/download/nottebohm-genuine-link-anatomy-jurisprudential-illusion-imc-rp-2019-1/. Bu son yazar karardaki vatandaşlık kavramını "komik nostaljik bir vatandaşlık konsepti" olarak nitelendirmektedir. s. 19. Son erişim tarihi 24 Şubat 2021.

40 *Nottebohm* Kararı, s.23 son paragraf, s. 24 paragraf 3, s. 26 paragraf 2.

41 Report for the Hearing https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:5285e429-5c52-460a-a376-1b9235db3074.0002.03/DOC_1&format=PDF. Son erişim tarihi 22 Şubat 2021.

konusuna da referansla, sorunun uluslararası özel hukuk bakımından bir uygulanacak hukukun tespiti ile de ilgili olmadığını söylemiştir. Yerleşme özgürlüğü ile ilgili Avrupa Birliği Antlaşmasının ilgili maddesinde sadece bir Birlik üyesi devlet vatandaşı olmanın yeterli olduğu belirtilmiştir. Bu kapsamda, *Micheletti*'nin İtalyan vatandaşı olduğunda da bir şüphe bulunmamaktadır.[42]

Savcı *Tesauro*, İspanya'nın etkin vatandaşlık kriterinin uluslararası hukukun genel bir ilkesi olduğuna yönelik iddiasını yukarıdaki paragraftaki ifadeleriyle çürütmek istemiştir. *Tesauro* ilaveten destek amacıyla, Birleşik Krallık ve Almanya'nın AB Antlaşması'na eklemiş oldukları Deklarasyonlar ile kimlerin vatandaşları olarak kabul edileceğini bildirirken, ülke ile herhangi bir kişisel veya ülkesel bağı olmayan kişilerin ve hatta Divan'ın *Canevaro* ve *Nottebohm* kararlarındaki etkin vatandaşlık koşullarını gerçekleştirmesine gerek olmaksızın bu kişilerin vatandaşları olarak kabul edileceklerini bildirmişlerdir.[43]

ABAD *Tesauro*'nun görüşünü de izleyerek, uluslararası hukuka göre her üye devletin kendi vatandaşlığının kabulüne ve kaybına ilişkin koşulları belirleyebileceğini ve diğer bir üye devletin de bu tespiti sınırlamasının mümkün olmadığına karar vermiştir. Böylece üye devletler tarafından bahşedilmiş olan vatandaşlıkların kazanılmasında ve dahi bu vatandaşlığın diğer devletlerde tanınmasında uluslararası hukuka dayandığı söylenilerek herhangi bir sınırlama kabul edilmemiş ve vatandaşlığın bir hukuki statü olarak normatif fonksiyonu koşulsuz olarak kabul edilmiştir.[44]

Diğer taraftan, BM Uluslararası Hukuk Komisyonu da 2006 yılında yayınlamış olduğu "Diplomatik Himaye Hakkında Taslak Maddeler"de[45] artık tarihe mal olmuş bir kriter olarak kabul edilebilecek *Nottebohm* kararındaki gerçek vatandaşlık kriterini terk etmiştir. Söz konusu Taslakta konunun bu şekilde ele alınmış olması önemlidir. Zira, *Nottebohm* kararını dar yorumlayanlardan ya da onun etkisini en azından diplomatik himaye ile sınırlandır-

---

42 *Micheletti and Others v Spain*, Opinion of Advocate General Tesauro, I-4255-4256 5. Paragraf http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?docid=97585&doclang=EN. Son erişim tarihi 22 Şubat 2021.

43 Ibid, I-4556-4557, 7.paragraf.

44 Judgement of the Court https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:5285e429-5c52-460a-a376-1b9235db3074.0002.03/DOC_2&format=PDF, s.4262 paragraf 10. Son erişim tarihi 22 Şubat 2021.

45 Taslak maddeler, rapor ve maddelere ilişkin yorum metni için bakınız "Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries", **Yearbook of the International Law Commission**, 2006, Vol.II, Part 2, s.23 vd. https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_2006_v2_p2.pdf. Son erişim tarihi 22 Şubat 2021.

ması yönündeki görüşlerden bahsetmiştik. Komisyon bu Taslak ile diplomatik himaye konusunda dahi söz konusu kriterin mevcudiyetini sorgulamıştır. Komisyon Taslak madde 4'de bir gerçek kişinin diplomatik himayesi bakımından devlet vatandaşlığını doğum, soy, telsik, devletlerin halefiyeti ya da diğer başka bir yolla o devlet hukukuna göre ve ancak uluslararası hukuka uygun olarak elde ettiği vatandaşlık olarak tanımlanmıştır.

Asıl önemlisi Komisyonun taslak maddelerle birlikte yayınlamış olduğu yorumlarda (*Commentary*) bu maddeye ilişkin yorumunda, "bir devletin diplomatik himaye yetkisini kullanırken *Nottebohm* kararında önerildiği gibi devletle vatandaşı olan kişi arasında bir etkin ya da gerçek bağlantının ilave faktörler olarak bu devletten istenmeyeceğini" açıkça ifade etmiştir. Hatta yoruma göre, bu yorum ve kabul kişinin tek vatandaşlığa sahip olması halinde de böyledir.[46]

2. İlkenin Geniş Kapsamlı Etkileri

Bu başlık altında *Nottebohm* kararındaki gerçek bağlantı ilkesinin kararın özgülendiği alan dışındaki etkilerinden bahsedeceğiz. Aslında bu başlık altındaki açıklamalarımız kararı veren çoğunluk tarafından büyük olasılıkla hiç öngörülmemiş de olabilir. Ancak uluslararası uygulama ve öğretide kararda ortaya konulan kriterin geniş bir alanda etkilerini görmek mümkündür.

Bu konuda öncelikle, gerçek bağlantı kriteri kapsamında olduğu düşünülmekle beraber aslında insan hakları başlığı altında incelenmesi gereken olay ve davalardan bahsetmek yerinde olacaktır. Bu kapsamda iki dava zikredilebilir. Aslında bu davalar Avustralya ve Kanada'da yerleşik kişilerin sınır dışı edilmelerine karşı ilgili ülkelerde görülmüş olan davalardır. Burada yollama yapacağımız metinler ise, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu'nun bu davalarla ilgili görüşünü (*View*) yayınlanmış olduğu bildiriler (*Communication*)dir. Söz konusu görüşlerin dayanağı ise Birleşmiş Milletler tarafından 16 Aralık 1966 tarihinde imzaya açılan ve 23 Mart 1973 tarihinde yürürlüğe giren Siyasi ve Medeni Haklar Uluslararası Sözleşmesidir ("*International Covenant on Civil and Political Rights*").[47] Bu sözleşme kapsamın-

---

[46] Ibid, s.29-30, paragraf 5.

[47] İngilizce metin için bakınız https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx Son erişim tarihi 24 Şubat 2021. Sözleşmenin Türkçesi, ilgili beyan ve çekinceler için bakınız RG 23.9.2003 - 25175. Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmeye Ek İhtiyari Protokolün onaylanması sırasında yapılacak beyanlar ve çekinceler için bakınız RG 5.8.2006 - 26250.

daki hakların uygulanmasını denetlemek üzere bağımsız uzmanlardan oluşan BM İnsan Hakları Komitesi ("Komite"), kendisine iletilen ihlal bildirimleri (*communication*) üzerine görüşlerini (*view*) iletmektedir.[48]

Konuyla ilgili atıf yapacağımız ilk talep *Stefan Nystrom* tarafından Avustralya'ya karşı yapılmıştır.[49] *Nystrom* 1973 yılında İsveç'te doğmuş ve doğumla İsveç vatandaşlığını kazanmıştır. 25 günlükken ailesi ile birlikte Avustralya'ya gitmiştir. Komite'ye başvurduğu tarihe kadar da sürekli vizeye sahip olarak Avustralya'da yaşamıştır. Anne-babası ve kardeşleri de Avustralya'da yaşamakta ve İsveç ile herhangi bir ilave bağlantısı bulunmamaktadır. *Nystrom*, İsveç dilini dahi konuşamıyordu. Avustralya sağlık hizmeti ve işsizlik ödeneği de alıyordu. Bir aylıkken geldiği Avustralya'yı seyahatler hariç terk etmemiş ve tüm hayatını Avustralya'da kurmuştu. Aslında kendisini Avustralya vatandaşı gibi zannediyordu. Hatta, annesi bile *Nystrom*'u Avustralya vatandaşı zannediyordu. Çünkü, *Nystrom* küçük yaşlardayken Avustralya makamları anne ve babasına vatandaş olmalarını teklif etmiş, küçük *Nystrom*'dan bahsetmemişlerdi. O nedenle annesi de *Nystrom*'un zaten Avustralya vatandaşı olduğu izlenimini edinmişti.

Öte yandan, *Nsytrom*'un esaslı bir kriminal kaydı bulunmaktaydı. Bu nedenle Avustralya makamları 2004 senedinde *Nystrom*'un sürekli oturma vizesini iptal edip, onu sınır dışı etme kararı aldılar. Karara yapılan itiraz ve temyiz başvuruları sonuç vermeyince, sınır dışı edilme arifesinde İsveç makamları *Nystrom*'un insani nedenlerle sınır dışı edilmemesini talep etti. Sonuç olarak, İsveç'e, dilini ve kültürünü bilmediğini bir ülkeye sınır dışı edilen *Nystrom* hazırlıksız olarak bulunduğu bu ülkede büyük bir maddi ve manevi zorluk yaşadığını ileri sürmüştür.

---

[48] Komite, Sözleşme'nin 28. maddesine göre kurulmuş ve BM'nin en etkin kurullarından biri haline gelmiştir. Ek İhtiyari Protokol kapsamında Komite tarafından verilmekte olan görüşler (*Views*) hukuki olarak bağlayıcı değildir. Daha çok görüş muhatabı olan devletlere karşı bir öneri niteliğindedir. Ancak, bu sonuç hiçbir normatif etkileri olmadığı anlamına da gelmez. Sözleşme ve Protokole katılmış olan devletler bu metinlerdeki hakları uygulamayı kabul etmiştir. Bu nedenle, ihlallerin varlığını tespit eden bu görüşlere ilgili devletlerce uyulması da meşru bir beklenti olacaktır. Geniş bilgi için bakınız BUERGENTHAL Thomas, "The UN Human Rights Committee", 397, **Max Planck Yearbook of United Nations Law**, Vol 5, 2001, s.341-398. https://www.mpil.de/files/pdf1/mpunyb_buergenthal_5.pdf Son erişim tarihi 24 Şubat 2021.

[49] Kararla ilgili bir inceleme için bakınız WHITTLE Devon, "Nystrom v Australia, UN Doc CCPR/C/102/D/1557/2007(18 July 2011), (2012) 19 **Australian International Law Journal**, s.235.243. http://classic.austlii.edu.au/au/journals/AUIntLawJl/2012/12.pdf Son erişim tarihi 24 Şubat 2021.

Bunun üzerine *Nystrom*, 2006 yılında Komite'ye Sözleşmenin diğer hükümlerinin yanı sıra madde 12/4'ü ihlal ettiği gerekçesiyle Avustralya hakkında şikâyet ve bildirimde (*communication*) bulundu. Sözleşmenin söz konusu 12. maddesinin 4. paragrafına göre, "*Hiç kimse kendi ülkesine girme hakkından keyfi olarak yoksun bırakılamaz.*"[50]. *Nystrom*, bu hükmün ihlaline ilişkin olarak dilekçesinde Komite'nin *Stewart v Canada* olayındaki karşı görüşe atıf yapmıştır. Karşı oya göre, 12. maddedeki haklar bakımından bir devlete formel bir bağla bağlı olup olmamanın bir önemi yoktur. Sözleşmenin bu madde kapsamında önemsediği husus, kişinin yaşamakta olduğu ülke ve onu çevreleyen sosyal şartlarla ile olan güçlü şahsi ve duygusal bağlarıdır.[51] *Nystrom* başvurusunda devamla, Komite'nin 1999 yılında 12. madde konusunda yayınlamış olduğu 27 numaralı Genel Yorum'a[52] atıf yaparak, "*kendi ülkesi*" kavramının "*kendi vatandaşlığı*" kavramından geniş olduğunu ifade etmiştir. Kendi ülkesi kavramı formel anlamda doğumla ya da sonradan elde edilen vatandaşlığa hasredilmemiştir. Bilakis en azından, bir ülkeyle özel bağları olan bir kişinin sadece bu bakımdan bir yabancı olarak kabul edilemeyeceğini de kapsamaktadır.[53]

Komite'nin tespit etmek zorunda olduğu sorun, Sözleşmenin ilgili maddesinde sağlanan koruma bakımından Avustralya'nın *Nystrom*'un "*kendi ülkesi*" ("*own country*") olup olmadığıdır. Komite, esas hakkındaki görüşünde öncelikle yukarıda *Nystrom* tarafından da dayanak yapılan 12. madde hakkındaki Genel Yorum'una atıf yapmıştır. Daha sonra, vatandaşlıktan daha güçlü bağlantılar olduğunu, ayrıca bir kişi ile bir ülke arasında yakın ve kalıcı bağlantılar tesis edebilecek vatandaşlıktan daha başka faktörler bulunduğunu belirtmiştir. Bu kapsamda, "kendi ülkesi" teriminin uzun süreli yerleşim, yakın şahsi ve aile bağları, kalma konusundaki niyet ve başka bir yerle bu bağların yokluğu gibi kavramları düşünmeye davet ettiği ifade edilmektedir. Komite, başvuru konusu olayları incelediğinde ise, *Nystrom*'un

---

[50] İngilizce orijinal metin: "*No one shall be arbitrarily deprived of the right to enter his own country.*".

[51] *Stewart v Canada*, **CCPR/C/58/D/538/1993** 16 December 1996 s.21 paragraf 5. Elizabeth Evatt ve Cecilia Medina Quiroga'nın ayrık görüşü, aynı zamanda Francisco José Aguilar Urbina tarafından da imzalanmıştır. https://www.refworld.org/cases,HRC,584a90807.html Son erişim tarihi 26 Şubat 2021.

[52] CCPR General Comment N0 27: Article 12 (Freedom of Movement) (1999) CCPR/C/21/Rev.1/Add.9. paragraf 20. https://www.refworld.org/docid/45139c394.html Son erişim tarihi 26 Şubat 2021.

[53] *Nystrom v Australia*, **CCPR/C/102/D/1557/2007** (18 July 2011), s.6. http://www.worldcourts.com/hrc/eng/decisions/2011.07.18_Nystrom_v_Australia.pdf Son erişim tarihi 26 Şubat 2021.

Sözleşme'nin 12. maddesinin 4. fıkrası kapsamında Avustralya'yı kendi ülkesi olarak kabullenmiş olduğunu tespit etmiştir. Komite bu tespiti yaparken, onun ailesinin Avustralya'da olmasını, aynı dili konuşuyor olmasını, ülkedeki bulunuş süresini ve İsveç'le vatandaşlıktan başka herhangi bir bağı olmaması sebebiyle onun Avustralya ile güçlü bağları olmasının rol oynadığını belirtmiştir.[54] Komite sonuç olarak, *Nystrom*'un sınır dışı edilmesini keyfi bularak madde 12/4'ün ihlal edilmiş olduğu görüşüne varmıştır.[55]

Aynı sene içinde Komite bir başka görüşünde yine Sözleşme'nin 12/4. maddesini incelemiştir. Bu görüşe konu olan başvurucu (ya da Komite jargonunda bildirimin yazarı (*Author of the communication*) *Jama Warsame* 1984 yılında Suudi Arabistan'da doğmuş ancak bu ülkenin vatandaşlığını kazanmamıştır. Soy bakımından ise Somali vatandaşı olmakla birlikte, Somali'ye herhangi bir nedenle hiç gitmemiştir. Dört yaşında Kanada'ya gelmiş ve annesine bağlı olarak da sürekli oturma izni almıştır. 2004 yıllarında bir iki kısa süreli cezalara tabi suçlar işlemiştir. Bunun üzerine de Kanada makamları "ciddi suçlu" olması gerekçesiyle *Warsame*'i sınır dışı etme kararı almıştır. Açılan davaların kaybedilmesi sonucu Kanada makamları *Warsame*'e 2010 yılında Somali'ye sınır dışı edileceğine dair bildirim yapmıştır. Bunun üzerine *Warsame* kendisinin Somali ile bir bağının bulunmadığını, bu nedenle de orada yaşamasının mümkün olmadığını, hatta oraya sınır dışı edilmesinin ölüm cezasına eşit olduğunu ileri sürerek, nihai olarak söz konusu işlemin Sözleşmenin 12/4. maddesine aykırı olduğunu iddia etmiş ve Komiteye başvurusunu yapmıştır.[56]

Komite *Nystrom* kararında olduğu gibi, *Warsame*'in de kendi ülkesinde keyfi olarak girişinin yasaklanıp yasaklanmadığı sorusunu yine yukarıdaki *Nystrom* kararındaki tespitleriyle yanıtlamış ve aynı şekilde *Warsame*'in de ülkesinin Kanada olduğunu tespit etmiştir. *Nystrom* gibi *Warsame* de hayatının 4 yaşından sonraki kısmını Kanada'da sürdürmüş, hatta vatandaşı olduğu iddia edilen Somali'yi bir kez olsun ziyaret dahi etmemiştir. Komite sonuç olarak *Nystrom* görüşündeki tespitlerini yineleyerek, *Warsame*'in sınır dışı edilmesi halinde bu işlemin Sözleşme'nin 12/4. maddesinin bir ihlali olacağına karar vermiştir.[57]

---

54 Ibid, s.18 paragraf 7.4 ve 7.5.

55 Ibid, s.19 paragraf 7.6.

56 *Warsame v Canada*, **CCPR/C/102/D/1959/2010**, 1 September 2011, s.4-5 https://juris.ohchr.org/Search/Details/1639. Son erişim tarihi 26 Şubat 2021.

57 Ibid, s.16-17, paragraf 8.4-8.6.

Belirtmek gerekir ki, Komitenin her iki görüşündeki tespitleri *Nottehbohm* kararındaki gerçek bağlantı kriterini çağrıştırmaktadır. Bazı yazarlar[58] bu görüşlerde ifade edilen ve kişinin kendi ülkesini tespit için kullanılan kriterlerin, *Nottebohm* kararında geliştirilen etkin vatandaşlık kriterinin sınırlı uygulamasının bir genişletilmesi olarak kabul etmişlerdir. Ancak böyle olmakla beraber ilginçtir ki, tamamıyla uluslararası hukukçulardan müteşekkil Komite her iki kararda da *Nottebohm* kararına bir dipnotta dahi referans vermemiştir. Aslında bu da açıkça göstermektedir ki, Komite'nin görüşlerini *Nottebohm* kararının geniş yansıması olarak görmek sağlam bir tez olmayabilecektir. Gerçekten, Komite'nin Genel Yorumu'nda da ifade ettiği gibi konu daha çok insan hakları penceresinden değerlendirilmektedir. Öyle ki, Komite'ye göre kişi bir vatandaşlığa sahip olmasa dahi o kişinin bir kendi ülkesi olabilmektedir. Madde 12 paragraf 4'ün ifadesi, yerleştiği ülkenin keyfi olarak vatandaşlığından beri tutulan vatansız kişiler dahil ama bunlarla sınırlı olmaksızın diğer kategori uzun dönem yerleşik kişileri de kapsayan geniş bir yoruma imkan vermektedir.[59] Bu itibarla meseleye değerler dizisi açısından baktığımızda vatandaşlık bir devletlik (*statehood*) olarak karşımız çıkarken[60], görüşlerdeki yaklaşımın temeli ise insan haklarının dayanağı olan kişiliktir (*personhood*).[61] Öyleyse sonuç olarak, Komite'nin görüşleri kapsamında insan hakları dayanak alınarak kişinin yerleşim yerine ilişkin bağları temelli vatandaşlığa yakın haklar bahşetmenin *Nottebohm* kararının bir geniş uygulaması olmadığını söylemek yanlış olmayacaktır.

Nottebohm kararının potansiyel geniş etki alanı olarak yatırım tahkimlerini ve özellikle ICSID Konvansiyonu kapsamında gerçekleşen tahkimleri de incelemekte fayda bulunmaktadır. Devletlerle Diğer Devletlerin Vatandaşla-

---

58 RUBINSTEIN Kim / LEVAGH-MAGURE Niamb, "More or Less Secure ? Nationality Questions, Deprtation and Dual Nationality" in Alice Edwards/laura van Waas Editörler, **Nationality and Statelesness under International Law, Cambridge University Press**, 2014, s.271.

59 Genel Yorum, paragraf 20.

60 KNOP Karen, "Statehood: Territory, People, Government", in James Crawford/Martti Koskenniemi Editörler, **The Cambridge Companion in International**, Cambridge University Press, 2012, s.95.; VLIEK Caia / BALLIN Ernst Hirsch / RECALDE VELA Maria Jose, "Solving Statelesness: Interpreting the Right to Nationality", **Netherlands Quarterly of Human Rights**, 2017 Vol 35(3), s. 161. https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/09240 51917722222 Son erişim tarihi 26 Şubat 2021.

61 KRAKAT Michael, "Neo-Nottebohmian 21st Century Genuine Links and Australia's Indigenous Non-Citizens", **Investment Migration Council**, dipnot 3. https://investmentmigration.org/articles/ neo-nottebohmian-21st-century-genuine-links-and-australias-indigenous-non-citizens/ Son erişim tarihi 26 Şubat 2021.; SPIRO, 2011, s.719 dipnot 167, s.739 dipnot 320; MACKLIN, s. 496.

rı Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümüne Dair Konvansiyon (*Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*) olarak isimlendirilen ve ilgili hükümlerine göre bu uyuşmazlıkların tahkim ve uzlaşma yoluyla çözümü için ICSID adında bir merkez de kuran Konvansiyon, adından da anlaşılacağı gibi vatandaşlık kavramına önem atfetmektedir.[62] Asıl amacı uluslararası yatırımların gerek yatırımları kabul eden ev sahibi devlet gerek burada yatırım yapan yabancı yatırımcı için kolaylaştırmak ve geliştirmek olan Konvansiyon, bu amacı gerçekleştirmek için bu taraflar arasındaki yatırım uyuşmazlıklarının çözümü için bir merkez-ICSID- ihdas ederek uluslararası tarafsız ve bağlayıcı bir uyuşmazlık çözüm mekanizması yaratmıştır. Konvansiyon ve ilgili uyuşmazlık çözüm kuralları kapsamında yargılama yapacak olan tahkim mahkemelerinin yetkili olabilmesi için Konvansiyonun 25. maddesine göre gerekli yetki şartlarını karşılaması gerekmektedir. Bu madde kapsamında, uyuşmazlık tarafları bakımından uyuşmazlık bir akit devlet ile diğer akit devletin vatandaşı arasında olmak zorundadır. Yine maddeye göre, uyuşmazlığın tarafı başka bir akit devlet vatandaşı yatırımcı aynı zamanda uyuşmazlığa taraf devletin de vatandaşı olmamalıdır. Konvansiyon uygulamasında yetki bakımından vatandaşlığın ne derece önemli olduğu bu hükümden açıkça bellidir. Hatta maddeye göre, gerçek kişi yatırımcılar bakımından bu vatandaşlık daha büyük önem arz etmekte, özellikle çifte vatandaşlık hallerinde hangi vatandaşlığın dikkate alınacağı önem kazanmaktadır.[63]

Belirletelim ki, ICSID Konvansiyonu vatandaşlığın tanımı konusunda herhangi bir hüküm içermemektedir. Önüne gelen olaylarda hakemler yargılama kapsamında yatırımcıların vatandaşlıklarını tespit etmektedirler. Tahkim mahkemelerinin yetkili olabilmesi için yatırımcının vatandaşlığını tespit öncelikli önemi haizdir. Bu kapsamda, ICSID tahkim mahkemeleri önüne birçok dava gelmiştir. *Nottebohm* kararının geniş kapsamlı etkilerini inceleyebilmek ve ICSID hakemlerinin söz konusu karara bu alanda etki tanıyıp tanımadıklarını görebilmek amacıyla bu davalardan bazılarını incelemek gerekir.

Feldman v Mexico davasında ABD vatandaşlığına sahip olan *Marvin Feldman*, Meksika tarafından getirilen tütün ihracatına ilişkin vergilerin

---

62 RG. 6.12.1988 - 20011.

63 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bakınız YILMAZ İlhan, **Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü ve ICSID**, İstanbul 2005, özellikle s.90 vd.

sahibi olduğu Meksika'da kurulu şirkete uygulanmasıyla ilgili olarak NAFTA[64] kapsamında Meksika aleyhine bir dava açmıştır.[65] Tahkim mahkemesinin önündeki temel yetki sorusu, NAFTA'nın yatırımlara ilişkin 11. Bölümü anlamında, ABD vatandaşı olan ancak Meksika'da sürekli yerleşime sahip *Feldman* Meksika'ya karşı bu davada davacı olabilme yetkisine sahip midir? *Feldman* sadece ABD vatandaşlığına sahip olmasına rağmen Meksika, tahkim mahkemesinin yetkisine *Feldman*'ın Meksika'yla olan bağlarının ABD ile olan bağlarına göre güçlü olduğunu ileri sürerek itiraz etmiştir. Meksika, *Feldman*'ın Meksika'da sürekli olarak 27 yıldır yaşamasına, iki kez Meksika vatandaşları ile evlenmiş olmasına, Meksika vatandaşlığına sahip çocukları olmasına, işlerinin merkezinin Meksika olmasına, Meksika'da vergiler ödüyor olmasına ve benzeri diğer bağlarına atıf yaparak, onun Meksika'yla olan bağlarının seviyesini belirtmiştir. Buradan da hareketle ve özellikle *Nottebohm* kararında Divanca ve diğer uluslararası mahkemelerce tespit edilen faktörlerin ışığında *Feldman*'ın ABD vatandaşlığının değil Meksika'yla olan bu sıkı bağlarının da dikkate alınması gerektiğini ileri sürmüştür.[66] Meksika'ya göre, gerek çift vatandaşlık halinde vatandaşlıklardan birinin uyuşmazlık tarafı devletin vatandaşlığı olması halinde otomatik olarak vatandaşı olduğu devleti dava edememesi, gerek hakim ve etkin vatandaşlık testinin

---

[64] Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması (*North American Free Trade Agreement*)(NAFTA) https://www.nafta-sec-alena.org/Home/Texts-of-the-Agreement/North-American-Free-Trade-Agreement Anlaşma 1994 yılında yürürlüğe girmiş ve bu süreçte birçok yatırımcı ve ev sahibi devlet arasında yatırım uyuşmazlığının çözümüne temel olmuştur. Anlaşma tarafları ABD, Kanada ve Meksika, özellikle ABD'nin önderliğinde NAFTA'nın yerine geçmek üzere USMCA (*United States Mexico Canada Agreement*) Birleşik Devletler Meksika Kanada Anlaşmasını 30 Kasım 2018'de imzalamışlardır. Anlaşma konusunda daha sonra 2019 sonunda bir değişiklik protokolü de imzalanmıştır. Son metin için bakınız https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/united-states-mexico-canada-agreement/agreement-between. Anlaşma 1 Temmuz 2020 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Son erişim tarihi 28 Şubat 2021.

[65] *Marvin Feldman v Mexico*, Case No. ARB/AF/99/1, https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0319.pdf. Son erişim tarihi 28 Şubat 2021. Bu dava aslında ICSID Konvansiyonuna tabi bir tahkim değildir. Çünkü Meksika davanın açıldığı tarihte Konvansiyona taraf değildi. O nedenle bu tahkim ICSID bünyesinde verilen ancak ICSID Ek İmkan Kurallarına (*Additional Facility Arbitration Rules*) göre yürütülen bir tahkimdir. Karar referansındaki (AF) bu hususa işaret etmektedir. Meksika daha sonra Konvansiyon'u imzalamış ve Konvansiyon Meksika için 26 Ağustos 2018 tarihinde yürürlüğe girmiştir. ICSID Konvansiyonu'na taraf ülkeler listesi için bakınız https://icsid.worldbank.org/about/member-states/database-of-member-states. Genel olarak ICSID kuralları hakkında kapsamlı bir çalışma için bakınız YILMAZ İlhan, "ICSID Kurallarının Gelişimi ve Önerilen Kapsamlı Son Değişiklikler", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2020/1, s.455-520.

[66] Meksika'nın davaya ilk cevap dilekçesi için bakınız *Feldman v Mexico*, Counter-Memorial on Preliminary Questions, s. 20 vd., özellikle paragraf 111. https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7855.pdf Son erişim tarihi 28 Şubat 2021.

hakem mahkemesinde uygulanması halinde sonuç değişmeyecektir. Davanın yetki sebebiyle reddedilmesi gerekecektir.[67]

Meksika cevap dilekçesinde açıkça *Nottebohm* kararındaki kritere atıf yaparak, pozitif hukuka uygun olarak ABD vatandaşı olan *Feldman*'ın gerçek bağlantı kriteri kapsamında Meksika vatandaşlığına sahip olmamasına rağmen, onun bu dava bakımından Meksika vatandaşı gibi muamele görmesini talep etmiştir. Tahkim mahkemesi öncelikle, yerleşme ve diğer faktörlerin ancak coğrafi bir bağlılığı ifade ettiği ve uluslararası hukuka göre bir vatandaşlık atfedilmesini gerekli kılmadığını haklı olarak belirtmiştir. Ayrıca, Meksika'nın iddia ettiği hakim ve etkin vatandaşlığın araştırılabilmesi için - yukarıda söz geçen *Flegenheimer* davasındaki tespite paralel olarak- çift vatandaşlığa sahip bir kişinin olması gereklidir. Bu itibarla, böyle bir ayrım bu dava konusuyla ilgili değildir. Dolayısıyla, çokça zikredilen *Nottebohm* kararı konuyla ilgili değildir. *Nottebohm* kararında, yetkili makam kararıyla verilen vatandaşlık bir şekilde sorgulanırken burada doğumla kazanılan ABD vatandaşlığının gerçek ve düzenli olduğu konusunda bir şüphe yoktur.[68] Sonuç olarak tahkim mahkemesi, uluslararası hukukun genel prensiplerine de atıf yaparak, *Feldman*'ın Meksika'da sürekli yerleşimi olmasına rağmen bir ABD vatandaşı olarak dava açmada yetkili olduğuna karar vermiştir.[69]

Champion Trading davasında, Mısır'da kurulu pamuk şirketi NCC'nin hissedarları olan *Wahba* kardeşler, ABD-Mısır iki taraflı yatırım anlaşması kapsamında ICSID tahkiminde dava açmıştır.[70] Mısır hükümetinin pamuk ticaretinin liberalleştirmesinin akabinde, kardeşler hükümetin aldığı bazı kararlar nedeniyle şirketleri NCC'nin büyük zararlar gördüğünü ve bu nedenle Mısır'daki yatırımlarının adeta kamulaştırıldığını ileri sürerek zararlarının tazminini talep etmişlerdir.

---

67 Ibid, s.32 paragraf 122.

68 *Feldman v Mexico*, Interim Decision on Preliminary Jurisdictional Issues, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, s.13-14 para 30-32 https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0317.pdf. Son erişim tarihi 28 Şubat 2021.

69 Ibid, s.16 paragraf 36-37.

70 *Champion Trading v Egypt*, Case No ICSID/ARB/02/9, Decision on Jurisdiction, https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0147.pdf Son erişim tarihi 28 Şubat 2021. *Wahba* kardeşlerin yanı sıra davacılar arasında *NCC* şirketinin diğer hissedarları olan *Champion Trading Company ve Ameritrade International Inc*. de vardır.

Tahkim mahkemesinin yetkisinin incelendiği ilk aşamada davalı Mısır, davacılardan *Wahba* kardeşlerin ABD vatandaşlığı yanında Mısır vatandaşı da olduklarını bu nedenle de Konvansiyonun 25. maddesi gereğince Mısır'a karşı bu davayı açamayacaklarını ileri sürmüştür. Davacılar ise bu savunma karşısında, Mısır vatandaşı olmadıklarını çünkü bu vatandaşlığı edinmemiş olduklarını ileri sürmüşlerdir. İlaveten, uluslararası hukukta vatandaşlığın gerçek ve etkin vatandaşlık kriterine göre tespit edileceğini, kendilerinin de Mısır vatandaşlığını etkin bir şekilde kazanmadıklarını iddia etmişlerdir. Böylece ABD vatandaşı olarak ilgili ikili yatırım anlaşması ve Konvansiyon kapsamında yetkinin tesis edildiğini belirtmişlerdir.

Hakem heyeti önce *Wahba* kardeşlerin ABD'de doğumla vatandaşlık kazandığını tespit etmiştir. Ayrıca Mısır hukukuna göre, Mısırlı bir babadan olan çocukların da Mısır vatandaşı olacaklarında bir tartışma olmadığını ifade etmiştir. Hakem heyeti *Wahba* kardeşlerin doğum anında babalarının Mısır vatandaşı olduğunu ve kendilerinin de Mısır hukukuna göre otomatik olarak Mısır vatandaşı olduklarını tespit etmiştir.

Davacılar, buna rağmen teknik olarak çifte vatandaş olsalar bile aslında uluslararası hukuka göre gerçek ve etkin vatandaşlıkları olan ABD vatandaşlıklarının dikkate alınması gerektiğini, 1930 tarihli Lahey Konvansiyonu, ABD-İran Hakem Mahkemesinin yukarıda[71] zikredilen A/18 kararı ve özellikle *Nottebohm* kararına dayanarak iddia etmişlerdir. Mısırla herhangi bir bağları ve ilişkileri olmadığını ve iradeleri dışında verilmiş olan Mısır vatandaşlıklarının dikkate alınmaması gerektiğini söylemişlerdir.[72]

Hakem heyeti, çifte vatandaşlık olduğunda ve soy esası ile kazanılan vatandaşlıklarda özellikle 3. ve 4. kuşaklardan sonra kazanılan vatandaşlıkların absürt ve makul olmayan sonuçlara yol açabileceği ihtimalini tamamen göz ardı etmemekle birlikte, bu durumda dahi Konvansiyon kapsamında yine bu devletin vatandaşı olarak kabul edilebileceğini belirtmiştir. Bu yorum aslında davacıların iddiasına bir kapı aralamış olmakla beraber, davadaki durumun bu hipoteze uygun olmaması nedeniyle heyet bu sorunu cevaplamamıştır.[73] Ancak hakem heyeti doğru bir şekilde *Nottebohm* kararının mevcut olayda uygulama alanının olmadığını ve dava konusu olaydaki gibi çifte vatandaşlık sorununu ilgilendirmediğini tespit etmiştir. Yine heyete göre, Konvansiyonun 25.

---

[71] Bakınız dipnot 25.

[72] Ibid, s.11-15.

[73] Ibid, s.16-17.

maddesi çifte vatandaşlık konusunda açık ve özel bir hüküm içermektedir. Anlaşmaların hükümlerinin olağan anlamlarına göre yorumlanması ilkesi gereğince[74], 25. maddenin de açıkça belirttiğine göre çifte vatandaşlıklardan biri kendisine karşı dava açılan akit devlet ise Konvansiyon kapsamındaki tahkim heyetinin bu davayı görme yetkisi bulunmamaktadır. Sonuç olarak, hakem heyeti *Wahba* kardeşlerin Mısır vatandaşlıkları nedeniyle vatandaşı oldukları devleti dava edemeyeceklerine karar vermiştir.[75]

Nottebohm kararındaki gerçek bağlantı teorisinin etkilerinin konu olduğu diğer bir dava ise *Soufraki*'nin Birleşik Arap Emirlikleri'ne (BAE) karşı açmış olduğu davadır.[76] *Soufraki* Dubai liman otoritesiyle Kanada vatandaşı olarak bir imtiyaz sözleşmesi imzalamıştır. Ancak daha sonra uyuşmazlık çıktığında *Soufraki* kendisini ICSID tahkim başvurusunda İtalyan vatandaşı olarak tanımlamış ve İtalya-BAE iki taraflı yatırım anlaşmasına dayanarak bu davayı açmıştır.

BAE, *Soufraki*'nin Kanada vatandaşlığını kazanmasıyla İtalyan hukukuna göre İtalyan vatandaşlığını kaybettiğini ve yine İtalyan hukukuna göre belli süre tekrar dönüp İtalya'da yerleşik olursa bu vatandaşlığı geri alabileceğini, ancak bu şekilde bir işlem yapmadığı için İtalyan hukukuna göre İtalyan vatandaşı olmadığını ileri sürerek bu davada yetkinin gerçekleşmediğini iddia etmiştir. *Soufraki* ise İtalyan vatandaşlığını tevsik ettiğini iddia ettiği çeşitli belgeler sunmuştur. BAE alternatif bir iddia olarak, hakem heyeti *Soufraki*'nin İtalyan vatandaşlığını kabul etse dahi, onun baskın vatandaşlığının İtalyan değil Kanada vatandaşlığı olarak dikkate alınması gerektiğini söylemiştir. Buna cevaben ise *Soufraki*, baskın ya da etkin vatandaşlık kavramlarının bir uluslararası örf ve âdet hukuk kuralı olarak kabul edilmediğini ifade etmiştir.[77]

---

[74] Bu ilke 1969 tarihli olup, 1980'de yürürlüğe giren Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 31. maddesinde anlamını bulmaktadır. Maddenin ilk fıkrasına göre, "Bir antlaşma, antlaşmanın bütünü içinde, hükümlerine konu ve amacının ışığında verilecek alelade manaya uygun şekilde iyi niyetle yorumlanır.". Sözleşmenin Türkçe tercümesi için bakınız GÜNDÜZ, s. 57 vd. İngilizce metin için bakınız https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf. Türkiye Viyana Sözleşmesini imzalamamıştır.

[75] Ibid, s.16, 20. Hakem heyeti diğer şirket hissedarları olan *Champion Trading* ve *Amitrade* için ise Konvansiyonun 25. maddesi çerçevesinde yetkinin gerçekleştiğine karar vermiştir. Ibid, s.18, 20.

[76] *Soufraki v the United Arab Emirates*, Case No ICSID/ARB/02/7, https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0799.pdf Son erişim tarihi 2 Mart 2021.

[77] Ibid, s.17 paragraf 42-44.

Hakem heyeti *Nottebohm* kararındaki teoriye itibar etmeksizin, uluslararası hukuka göre vatandaşlığın ilgili olduğu devletin yetkisinde olup, kendi iç mevzuatının vatandaşlığın kazanmasını ve kaybını idare ettiğini belirtmiştir.[78] Bu nedenle heyet, Kanada vatandaşı olmasıyla İtalyan hukukuna göre İtalyan vatandaşlığını kaybeden *Soufraki*'nin tekrar İtalyan hukukuna göre belli süre orada ikamet ederek bu vatandaşlığı bu hukuka göre geri kazanıp kazanmadığını incelemiştir. Sonuç olarak da *Soufraki*'nin bu hususu ispat edemediğinden bahisle davayı yetki yokluğu sebebiyle reddetmiştir.[79] Davayı kaybeden *Soufraki* daha sonra kararın Konvansiyon hükümleri kapsamında iptali (*annulment*)[80] için açmış olduğu davada bu sefer, daha açık bir şekilde *Nottebohm* kararına atıf yaparak, uluslararası mahkemelerin ulusal makamlar tarafından bahşedilen vatandaşlığın uluslararası hukuk bakımından da yeterli olup olmadığını değerlendirebileceğini iddia etmiştir.[81] Davayı inceleyen *ad hoc* komite, vatandaşlığın devletlerin saklı yetkileri içinde olduğunu ve ulusal vatandaşlık hukuklarına da gerekli saygının gösterilmesi gerektiğini, *Flegenheimer* kararına atıfla söylemiştir. Komiteye göre, her devlet kendi hukuku kapsamında toprak, soy ya da başka bir esasa göre vatandaşlık verip vermeyeceğine kendisi karar verecektir.[82]

Mısır'a karşı açılmış diğer bir dava olan *Siag* davasında hem çoğunluk kararının hem de karşı oyun doğrudan *Nottebohm* bulguları konusundaki görüşlerini bulmak mümkündür.[83] *Elie Siag* ve *Clorinda Vecchi* ortakları oldukları ve Mısır'da kurulu *Siag* şirketi aracılığıyla bir turistik tesis geliştiriyorlardı. Ancak bilahare söz konusu tesisin bulunduğu taşınmaza Mısır hükümetince el konuldu. *Siag* şirketinin ortakları olarak davacılar Mısır'a karşı İtalya-Mısır iki taraflı yatırım anlaşması kapsamında zararlarının tazmini için dava açtılar.

---

78 Ibid, s.21 paragraf 55.

79 Ibid, s.29 paragraf 81.

80 ICSID Konvansiyonu kapsamındaki tahkimlerde temyiz bulunmamaktadır. Ancak, belli sebeplerle oluşturulacak yeni *ad hoc* bir heyet önünde kararın iptali Konvansiyonun 52. maddesine göre söz konusu olabilmektedir.

81 *Soufraki v UAE*, Decision of the Ad hoc Committee on the Application for the Annulment of Mr. Soufraki, 22 Mayıs 2007 s. 22 paragraf 47. https://www.italaw.com/sites/default/files/case - documents/ita0800.pdf Son erişim tarihi 2 Mart 2021.

82 Ibid s.28 paragraf 60.

83 *Siag and Vecchi v Egypt*, ICSID Case No. ARB/05/15, Decision on Jurisdiction https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0785.pdf Son erişim tarihi 2 Mart 2021.

Mısır sunmuş olduğu cevap dilekçesinde *Siag*'ın doğumla Mısır vatandaşı olduğunu ve bu nedenle Konvansiyon kapsamında Mısır'a karşı dava açamayacağını ileri sürmüştür. *Siag* ise daha sonra kazandığı Lübnan vatandaşlığı nedeniyle Mısır vatandaşlığını kaybettiğini iddia etmiştir. *Siag*'ın babasıyla evli olan *Vecchi* ise, doğumla kazandığı İtalyan vatandaşlığını evlilik nedeniyle Mısır vatandaşlığını kazandığı sırada kaybetmiş, ancak daha sonra İtalyan vatandaşlığına dönmüştür. Mısır'a göre *Vecchi* de halen Mısır vatandaşı olduğundan bu davayı açamaz. Mısır daha sonra, davacıların İtalyan vatandaşlığının mevcudiyetinden ziyade, onların Mısır ile yerleşik bir vatandaşlık bağları olduğunu ve İtalya ile uluslararası hukuk tahtında etkin bir vatandaşlığının ve bağlantılarının bulunmadığını iddia etmiştir. Daha ilginci, davacıların formel bir vatandaşlığı olsa bile bu devletle (İtalya) olan yetersiz ve göstermelik bağlantılarının olması nedeniyle, Mısır'ın uluslararası hukuka göre bu kişilerle bir yatırım tahkimi davasına taraf olmak zorunda kalmayacağını söylemiştir.[84] Hakem heyeti birçok karşılıklı layiha teatisi ve duruşma sonrasında her iki davacının da sadece İtalyan vatandaşı olduğunu ve Mısır vatandaşlıklarını da kaybetmiş olduklarını tespit etmiştir.[85]

Heyete göre burada artık etkin vatandaşlığın dikkate alınacağı bir çifte vatandaşlık hali de yoktur. Heyet dosyaya sunulan *Reisman*'ın uzman raporu ile aynı görüşü paylaşarak, davacıların tarihi, süregelen yerleşme ve ticari menfaatlerinin Mısır'da olmasının İtalyan ve Mısır vatandaşlık hukuklarına göre söz konusu vatandaşlıklarının hukuki statüsü bakımından ilgisiz olduğunu belirtmiştir. Heyet ayrıca *Champion Trading* davasındaki tespite referans yaparak, Konvansiyonun 25. maddesindeki açıklığın "baskın" ya da "etkin" vatandaşlık tanımına bir alan bırakmadığını ve *Nottebohm* davasındaki kararın bu konuda uygulanmasının mümkün olmayacağını söylemiştir. *Champion Trading* davasında alternatif bir görüş olarak sunulan etkin vatandaşlık testinin uygulanmasının bu davada düşünülmesinin bile mümkün olmayacağını, çünkü davacıların Mısır kanunlarına göre Mısır vatandaşlıklarının bulunmadığını ifade etmiştir. Heyet sonuç olarak, bu davanın vatandaşlık konusunda uluslararası hukuk prensiplerinin Mısır iç hukukundaki vatandaşlık kanunlarının önüne geçecek bir durum oluşturmadığına karar vermiştir.[86]

---

84 Ibid, s.22 paragraf 73, s.55 paragraf 196.

85 Ibıd s. 49 paragraf 173 ve s. 54 paragraf 194.

86 Ibid s. 56-57 paragraf 197-199, 201. Karar çoğunlukla verilmiştir. Karşı oy yazısında hakem *Orrega Vicuna Nottebohm* kararını geniş yorumlayarak etkin vatandaşlık testinin sadece çift vatandaşlık olduğunda değil Konvansiyondaki vatandaşlık testinde de uygulanma kabiliyetini haiz olduğunu ileri sürmüştür. Ibid s.62 özellikle son paragraf.

Champion Trading ve *Siag* davalarında hakem heyetlerince yapılan tespitlere Türkiye'ye karşı açılan *Saba Fakes* davasındaki heyetçe de itibar edildiğini görmekteyiz. Ürdün ve Hollanda vatandaşlıklarına sahip *Saba Fakes*'in Hollanda-Türkiye iki taraflı yatırım anlaşmasına dayanarak ICSID tahkiminde açmış olduğu davada Türkiye, açıkça *Nottebohm* kararına referansla *Saba Fakes*'in etkin vatandaşlığının Hollanda vatandaşlığı olmadığını ileri sürerek yetkiye itiraz etmiştir. Türkiye'ye göre, *Nottebohm* kararındaki etkin vatandaşlık testi herhangi bir sınırlama olmaksızın bir uluslararası hukuk normudur. Bu nedenle, etkin vatandaşlığı Hollanda olmayıp Ürdün olan davacının davası reddedilmelidir.[87] Heyet bu görüşe katılmamıştır. Öncelikle, *Nottebohm* kararının diplomatik himaye konusunda olduğunu ve çift vatandaşlık ile de ilgili olmadığını ifade etmiştir.[88] Daha sonra, *Nottebohm* kararında ve İran-ABD uyuşmazlıkları tahkim heyetinin A/18 kararındaki etkin vatandaşlık testinin Hollanda-Türkiye iki taraflı yatırım anlaşmasında mevcut vatandaşlıkla ilgili açık hükmü bertaraf etmediğini belirtmiştir.[89] Çünkü, akit taraflar arzu etseydi bu konuda ilave hükümler koyabilirlerdi. Bu nedenle, davacının Hollanda vatandaşlığına sahip olması bu davada davacı olabilmesi için yeterli kabul edilmiştir.[90]

Micula davasında *Nottebohm* kararında teorileştirilen "gerçek bağlantı" kriterinin çok açık bir ifadeyle değerlendirildiğini görmekteyiz. *Ioan Micula* ve ikiz kardeşi *Viorel Micula* diğer davacılar olan üç şirketin de hissedarlarıdır. Bu şirketleri aracılığıyla Romanya'da gıda üretimi yapmaktaydılar. Romanya'nın Avrupa Birliği'ne katılmasını takiben söz konusu şirketlerin sahip olduğu çeşitli vergi ve diğer teşvikleri içeren mevzuat hükümet tarafından değiştirilmiştir. Davacılar bu işlemlerden doğan zararları için Romanya aleyhine dava açmışlardır.[91]

Micula kardeşler doğumla Romanya vatandaşı olmalarına rağmen daha sonra İsveç vatandaşlığına geçmişler ve Romanya vatandaşlığından da çık-

---

87 *Saba Fakes v Turkey*, ICSID Case No. ARB/07/20, 14 July 2010, s. 19, paragraf 54. https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0314.pdf Son erişim tarihi 2 Mart 2021.

88 Ibid, s.23, paragraf 68.

89 Ibid, s.24, paragraf 70.

90 Ibid, s.27, paragraf 79.

91 *Micula v Romania*, ICSID Case No. ARB/05/20, Decision on Jurisdiction and Admissability, 24 Eylül 2008, https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0530.pdf. Son erişim tarihi 5 Mart 2021.

mışlardır. Romanya ise, davacıların Romanya'ya karşı İsveç vatandaşlığına dayanarak dava açamayacaklarını, çünkü etkin bağlantılarının İsveç'i değil Romanya'yı gösterdiğini ileri sürmüştür. Romanya'ya göre, *Nottebohm* kararında da teyit edildiği üzere etkin vatandaşlık kriteri tek vatandaşlık olduğu halde dahi uygulanabilir. Buna göre kişi, bir ülkeyle etkin ve gerçek bir vatandaşlığı yoksa sahip olduğu bu vatandaşlığı daha yakın bağlantı içinde olduğu diğer bir devlete karşı ileri süremez. Yine bu ilke hem iki taraflı yatırım anlaşmaları kapsamında hem de Konvansiyon kapsamında uygulanma kabiliyetine sahiptir. Davacıların gerçek bağlantılarının İsveç değil Romanya ile olması sebebiyle İsveç vatandaşlıklarının Romanya'ya karşı ileri sürülemeyeceği iddia edilmiştir.[92]

ICSID hakem heyeti kararında, her devletin kendi vatandaşlarını tayin yetkisine sahip olduğunu belirterek bunun bir uluslararası hukuk prensibi olduğunu da ifade etmiştir. Buna göre, davacıların İsveç hukukuna göre İsveç vatandaşı olduklarını tespit etmiştir. Bu vatandaşlıkların Romanya'ya karşı ileri sürülebilmesi bakımından, hakem heyeti *Nottebohm* kararındaki gerçek bağlantı testinin bu davada uygulamasının mümkün olup olmayacağının tespiti gerektiğini de belirtmiştir. Diğer bir deyişle, davacıların İsveç ile gerçek ve etkin bir bağlantıya sahip olmaması, Romanya'ya karşı bu vatandaşlığa dayanmaya engel bir durum oluşturmakta mıdır?[93]

Heyete göre, vatandaşlık konusunda gerçek ya da etkin bağlantının uluslararası hukukta bir prensip olduğu tartışmalı olup, hatta bu tartışma özellikle tek vatandaşlık söz konusu olduğunda daha da barizdir. Heyet, ILC'nin diplomatik himaye konusundaki taslak maddelerine atfen, *Nottebohm* kararındaki ilkeye tek vatandaşlık olduğunda itibar edilmeyeceğini belirtmiştir. Bu belgede, söz konusu ilkenin kullanılmaması özellikle önemlidir. Bu nedenle davada olduğu gibi tek vatandaşlık olan hallerde bu ilkenin uygulamasına karşı açık bir muhalefet bulunmaktadır. *Nottebohm* kararındaki ilkenin ICSID davaları bakımından kullanılabilmesi konusunda ise heyet, *Siag* kararına atıf yaparak Konvansiyonun 25. maddesindeki rejimin baskın ve etkin vatandaşlık testi için bir alan bırakmadığını teyit etmiştir.[94] İsveç vatandaşlığı konusunda mutlak söz sahibi olan İsveç hukukuna göre telsik suretiyle vatandaşlığı kazanmış olan davacıların, İsveç vatandaşı olmanın ötesinde

---

92 Ibid, s.22-23 paragraf 71-74.

93 Ibid, s.31 paragraf 98.

94 Ibid, s. 32-33 paragraf 99-100.

daha yakın bir bağlantı göstermesine herhangi bir ihtiyaç da yoktur. Heyet bu dava ile *Nottebohm* davası arasındaki farklılığı belirttikten sonra açıkça ifade etmektedir ki; bir an için *Nottebohm* testinin uygulanması için çifte vatandaşlığın bir ön şart olmadığı düşünülse bile *Nottebohm* kararı, bir devletin, kişinin vatandaşlığına sahip olduğu ülkede bir süre ikamet etmiyor diye bu kişinin tek vatandaşlığını görmezden gelmesine imkân veren ya da bunu zorunlu kılan bir şekilde okunamaz. Sonuç olarak heyet, İsveç'le zayıf bağlantı olması sebebiyle davacıların Romanya'ya karşı dava açamayacakları iddiasını reddetmiştir.[95] Böylece, *Micula* hakem heyetine göre de *Nottebohm* kararındaki gerçek bağlantı ilkesinin uygulanması kabul edilmemiştir.

2013 tarihli diğer bir ICSID davası olan *Arif v Moldova*'da, Fransız vatandaşı olan Arif'in Fransız vatandaşlığına Moldova tarafından, kendisinin Fransa ile gerçek ve etkin bir bağlantısı olmaması nedeniyle itiraz edilmiştir.[96] Hakem heyeti *Micula* davasındaki tespitlere atıf yaparak vatandaşlığın söz konusu olduğu devletin hukukuna göre tayin edileceğini ve normal şartlarda bu vatandaşlığın o hukuka göre verilmiş olmasının kontrolünün heyet tarafından yapılmayacağını da belirtmiştir.[97] Heyet devamla, ne ICSID Konvansiyonunda ne de dava konusu iki taraflı yatırım anlaşmasında gerçek ve etkin vatandaşlığa bir referans olmaması nedeniyle, bu testin burada uygulanmayacağını belirtmiştir. Daha da önemlisi heyet, genel olarak ICSID kararlarında bu testin uygulanmasının pek kabul edilmediğini de vurgulamıştır.[98]

Yukarıdaki kararlardan da görüleceği gibi, ICSID kararlarında çifte vatandaşlığın söz konusu olduğu hallerde gerçek, baskın veya etkin vatandaşlık kriter ya da testlerine, aksinin ilgili iki taraflı yatırım anlaşmalarında açıkça belirtilmesi hariç itibar edilmediğini söyleyebiliriz. Örneğin, *Al Tamimi v Oman* davasında, davacı *Al Tamimi*'nin ABD ve BAE vatandaşlıkları söz konusuydu.[99] Davacı Umman'daki yatırımı ile ilgili olarak ABD-Umman ser-

---

95 Ibid, s.33-35, paragraf 102-105.

96 *Arif v Moldova*, ICSID Case No. ARB/11/23, 8 April 2013, http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C1740/DC3223_En.pdf s.37 paragraf 178. Son erişim tarihi 6 Mart 2021.

97 Ibid, s. 84-85 paragraf 354, 357.

98 Ibid, s. 85, paragraf 359.

99 *Al Tamimi v Oman*, ICSID Case No. ARB/11/33, 27 Ekim 2015. http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C1960/DC6932_En.pdf Son erişim tarihi 6 Mart 2021.

best ticaret anlaşmasındaki yatırım hükümlerine dayanarak ICSID'de dava açmıştı. Serbest ticaret anlaşmasının ilgili hükmüne göre, çifte vatandaşlık hallerinde baskın ve etkin vatandaşlığın dikkate alınacağı belirtilmişti. Her ne kadar davadaki olayda davacının BAE vatandaşlığından çıkmış olduğu tespit edilmiş olsa da heyet kararında, ikinci vatandaşlığın üçüncü bir ülke vatandaşlığı olduğu hallerde bu üçüncü vatandaşlık baskın olsa bile dikkate alınmayacağına karar verilmiştir. Diğer bir deyişle hakem heyeti, davacı BAE vatandaşlığını muhafaza etmiş olduğu ve bu vatandaşlığın ABD vatandaşlığına göre baskın olduğu ihtimalde dahi bu dava bakımından dikkate alınmayacağını ifade etmiştir.[100] Böylelikle, vatandaşlığın etkili olup olmamasından ziyade onun normatif etkisinin öne çıkarıldığını söylemek yanlış olmayacaktır.

Yukarıda incelenmiş olan ICSID kapsamındaki yatırım tahkimlerinde hakem heyetleri kararlarında *Nottebohm* kararında ortaya konulan gerçek bağlantı, etkin veya baskın vatandaşlık olarak ifade edilen kavramları kullanmak konusunda pek istekli davranmamışlardır. Hakem heyetleri gerek çifte vatandaşlık ve gerek tek vatandaşlık ile ilgili kararlarında gerçek bağlantı ilkesi yerine, ulusal hukuklardaki vatandaşlıkla ilgili normatif hükümlere değer atfetmişlerdir. Aslında bu da bize göstermektedir ki, ICSID hakem heyetleri genel olarak bir uluslararası hukuk doktrini olarak kabul edilmeyen gerçek bağlantı kriterinin bu alanda da uygulanması hakkındaki şüphelerini dile getirmişlerdir.[101] Gerçekten, *Nottebohm* kararından birkaç yıl sonra kaleme alınan Konvansiyon karardaki gerçek bağlantı kriterini kabul etmemiş ve vatandaşlığın formel ya da normatif karakterine itibar etmiştir.[102] Hatta, Konvansiyonun ana mimarı olan *Aron Broches* Konvansiyonun hazırlık

---

[100] Ibid, s.97 paragraf 274. UNCITRAL Tahkim Kuralları kapsamında karar verilen diğer bir yatırım tahkimi olan *Aven v Costa Rica* davasında, ABD ve İtalyan vatandaşlığına sahip olan davacıya karşı Costa Rica, ABD ile akdedilmiş olan DR-CAFTA Antlaşmasının (*Dominican Republic-Central America Free Trade Agreement*) ilgili hükmünde ifadesini bulan baskın ve etkin vatandaşlığın İtalya olduğunu ileri sürerek itiraz etmiştir. Hakem heyeti kararında *Al-Tamimi* davasındaki gibi aynı sonuca ulaşarak, baskın ve etkin vatandaşlığın üçüncü bir ülke söz konusu olduğu zaman uygulanmayacağını ifade etmiştir. S. 68 paragraf 215. Hakem heyeti *Nottebohm* kararının çifte vatandaşlık hallerinde diplomatik himayeye ilişkin olduğunu söyleyerek-aslında Nottebohm davasında çift vatandaşlık söz konusu değildi- mevcut davada uygulanma kabiliyeti olmadığını belirtmiştir. Böyle olmakla beraber heyet yine *Nottebohm* kararındaki faktörlere de atfen davacının ABD vatandaşlığının etkin vatandaş olduğu tespitini de yapmıştır. S.70, paragraf 220. *Aven v Costa Rica,* https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9955_0.pdf Bu davada ICSID, hakem sekretaryası olarak akdetmiştir. Case No. UNCT/15/3, 18 Eylül 2018. Son erişim tarihi 6 Mart 2021.

[101] SLOANE, s.39; SPIRO, 2019, s. 15.

[102] CASAS, s.83.

çalışmalarında sunduğu raporda vatandaşlık ile ilgili olarak, burada söz konusu olan vatandaşlıkta devlete koruma hakkı veren geleneksel anlamdaki bağın önemli olmadığını ve vatandaşlığın özünün tespitinin ulusal ve uluslararası hukuka bırakıldığını ifade etmiştir.[103] Bu kapsamda devletlerin vatandaşlık vermedeki ulusal hukuklardaki serbestileri kabul edilmiş ve *Nottebohm* kararındaki gerçek bağlantı kriteri reddedilmiştir.[104]

Nottebohm ilkesinin sadece diplomatik himaye konusuna özgülendiği söylenilse dahi, bu konularda ilgili kriterin uygulanması bakımından artık bu görüşün de sağlam bir temeli olmayabilecektir. Çünkü, ILC'nin taslak maddelerinde belirtildiği gibi, ilke bu konularda da belirleyici değildir. ICSID Konvansiyonu açısından baktığımızda ise, yatırımcıların taraf ya da bir uluslararası hukuk süjesi olarak ev sahibi devletlere açtığı davaları görmekteyiz. Bu anlamda devletin devlete karşı olduğu bir düzlemde birinin vatandaşı için diğerine karşı klasik bir diplomatik himaye talebi zaten söz konusu değildir. Kaldı ki, Konvansiyonun 27. maddesine göre bir kez ICSID Konvansiyonu kapsamında tahkim davası açıldığı zaman, artık bu dava sonuna kadar ilgili devletin diplomatik himaye yoluna başvurması açık bir hükümle engellenmiştir. Ancak, resmi olmayan ve sulh amaçlı girişimler yapılabilir.[105]

Özellikle uluslararası yatırımların çözüm merkezi olarak tesis edilen ICSID bünyesindeki Konvansiyon'a tabi tahkimler bakımından, aksi bir yorumun kabulü halinde yani gerçek bağlantı kriterinin her ilgili dava kapsamında araştırılması halinde ortaya kesin olmayan ve önceden tahmin edilemeyen sonuçlar çıkabileceği açıktır. Bu sonucun da Konvansiyonun öncelikli amacı olan uluslararası yatırımların geliştirilmesi amacına aykırı olduğunu söylemek mümkündür.

---

[103] Bakınız **Chairman's Report on the Preliminary Draft of the Convention, History of the ICSID Convention**, Vol II-1, s. 579, paragraf 105. https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/History%20of%20the%20ICSID%20Convention/History%20of%20ICSID%20Convention%20-%20VOLUME%20II-1.pdf Son erişim tarihi 10 Mart 2021.

[104] ICSID davalarında hakemlik de yapan bazı yazarlarca, uluslararası davalar kapsamında vatandaşlık bağının keskinliğini yitirdiği de ifade edilmiştir. Örneğin bakınız ORREGO VICUNA Francisco, "Changing Approaches to the Nationality of Claims in the Context of Diplomatic Protection and International Dispute Settlement", s. 10 https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/media012224294674510changing_approaches_to_the_nationality_of_claims_in_the_context_of_diplomatic_protection_and_international_dispute_settlement.pdf Son erişim tarihi 10 Mart 2021.

[105] Konvansiyonun mimarlarından ve Konvansiyona eklenen İcracı Direktörler Raporunu da kaleme alan *Aron Broches*, ICSID kapsamında vatandaşlığın diplomatik himayedekine göre daha dar sınırlı bir rolü olduğunu söylemektedir. Bakınız dipnot 103'deki Rapor.

IV. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Gerçek kişilerin vatandaşlığının değerlendirilmesi bakımından *Nottebohm* kararında ortaya konulan ilke, verildiği tarihe denk gelen 20. yüzyılın ortalarında bile tartışmaya açıktı. Nitekim bu durum gerek uluslararası kararlarda gerek *Nottebohm* kararına ilişkin karşı oy yazılarında belirtilmişti. Vatandaşlığın uluslararası hukuk bakımından uluslararası mahkemelerde değerlendirilmesinde, kendisini gerçek ya da etkin bağlantı kriteri olarak gösteren ve vatandaşlığın söz konusu olduğu devletle olan güçlü sosyopolitik bağın etkisini kaybettiği de söylenilebilir.

Modern dünyada ulaşım ve iletişimin kolaylaşması vatandaşlık anlayışındaki sosyal bağların etkisini zayıflattığı bir gerçektir. Kişiler, bir taraftan sahip oldukları vatandaşlık sebebiyle o devletlerle hukuki bir bağ tesis etmişken, diğer taraftan iş, aile ve hatta tüm yaşam bağlarını başka ülkelerde sürdürmekte ve çoğu zaman o ülkenin vatandaşlığına da sahip olmadan yaşamlarını devam ettirebilmektedirler. Günümüz dünyasında, bu sayılar yüzbinler değil milyonlarla ifade edilmektedir. Vatandaşlığın, vatandaşlığı söz konusu olunan devlet ile normatif ya da pozitif ilişkisinin inkârı ise bu bakımdan mümkün değildir. Çünkü, aksinin kabulü yani bu bağın her hâlükârda gerçek bir bağlantıyı (ya da etkin/baskın) da içermesinin bir zorunluluk olması halinde, milyonlarca kişi global olarak uluslararası hukuk bakımından korumasız kalabilecektir.[106] Bu sonuç ise, yukarıda incelediğimiz uluslararası kararlarda ve belgelerde ifade edildiği üzere tercih edilmemektedir. Dolayısıyla, vatandaşlık sübjektif bir tanım olan sosyopolitik tanımından çıkarak nesnel bir tanım olarak normatif hukuki bir kavram biçiminde ifade edilmekte ve o şekilde uygulanmaktadır.[107]

Klasik vatandaşlık anlayışının modern dünyada çift hatta çok vatandaşlığı da kapsar biçimde değiştiğini söyleyebiliriz. Bu sonuç global düzeyde devletlerin vatandaşlığı normatif bir bağ olarak kabul etmesinin bir tezahürüdür.[108] Dolayısıyla, kişiler bakımından ise artık sosyal ya da politik bağlar-

---

[106] Bu sonuç *Flegenheimer* kararında da vurgulanmıştır. *Flegenheimer* Kararı, s. 377.

[107] Türk vatandaşlık hukukunda da vatandaşlık her türlü ırksal, dinsel ve sosyal sübjektif bağlantıdan ayrı olarak nesnel hukuki bir ilişki olarak ifade edilmiştir. Anayasanın 66. maddesine göre, "Türk devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türktür". https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=2709&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5. *Nottebohm* kararı sübjektif bir kriter ihdas etmesi ve bunun keyfiliğe neden olması bakımından da eleştirilmiştir. KUNZ, s.554, Nottebohm Kararı, READ, s.46; GUGGENHEIM, s. 55-56.

[108] Örneğin Türkiye'de 2013 yılında kabul edilmiş olan "Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanun"unun 3. maddesine göre yabancıların "vatandaşı olduğu ülke" tanımlanırken, birden fazla vatandaşlık bulunduğu ihtimalde "vatandaşlığında olduğu ülkelerden her biri" denilmek

la ve hatta *Nottebohm* kararında ifade edilen duygusal bağlarla bir vatandaşlık ediniminden ziyade, elverişli vatandaşlığın öne çıktığını söylemek doğru olacaktır. Böylece, kişiler iş ve kişisel tercihleri kapsamında ikinci hatta daha fazla vatandaşlığı alabilmektedir. Uluslararası hukuk açısından baktığımızda ise bunun artık kaçınılmaz ve neredeyse arzu edilen bir eğilim olduğunu söyleyebiliriz.

Küreselleşmenin boyutları düşünüldüğünde çok vatandaşlık yadsınamaz bir gerçektir. Hatta, çifte ya da çok vatandaşlığın kabulü, klasik olarak söz konusu olan güçlü bağlar ilişkisinin artık "*ince bağlar*"[109] ilişkisine döndüğünün de bir göstergesidir. Küreselleşmenin bir diğer sonucu olarak çeşitli sosyal, siyasi ve ekonomik nedenlerle göçün artması, kişilerin doğumla kazanmış oldukları vatandaşlıkların da birkaç kuşak sonra sadece normatif ve hukuki bir bağa dönüşmesine neden olmaktadır. Bu hallerde de söz konusu hukuki ilişkinin görmezden gelinerek, gerçek bağlantı ilkesinin söz konusu normatif vatandaşlığı bertaraf etmesi, uluslararası hukuk bakımından da kabul edilebilir bir öneri olmayacaktır.

Son yıllarda vatandaşlığın toprak esasına göre doğumla verildiği ülkelere doğru bir vatandaşlık turizminin varlığı da bilinmektedir. Diğer yandan annesinin bu ülkelerde iş, eğitim gibi başka bir sebeple bulunduğu dönemde doğumla *ius soli* prensibine göre vatandaşlığı kazanan kişiler bakımından da ülkeyle olan bağın güçlü bir bağ olduğunu söylemek zordur. Ayrıca, gerçek

---

suretiyle ilave herhangi bir kriter kabul edilmemiştir. RG 11.4.2013-28615. https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6458.pdf. Son erişim tarihi 10 Mart 2021. Öte yandan, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'(MÖHUK)un 4. maddesinde vatandaşlık esasına göre uygulanacak yetkili hukukun tespitine ilişkin olarak, kişinin birden fazla vatandaşlığı olduğu durumlarda bu kişinin aynı zamanda Türk vatandaşlığı olması halinde Türk vatandaşlığının dikkate alınarak Türk hukukunun uygulanacağını belirtmektedir. Şayet, birden fazla vatandaşlık halinde Türk vatandaşlığı yoksa o zaman daha sıkı ilişki halinde bulundukları devlet hukuku uygulanacaktır. Son ihtimalde önerilen çözüm, etkin vatandaşlığı çağrıştırmaktadır. Hükme göre, kişi aynı zamanda Türk vatandaşı ise burada mutlak normatif bir tanımlama vardır. Kişinin Türk vatandaşlığının etkin ya da baskın olup olmaması önemli değildir. Etkinlik kriteri ancak birden fazla vatandaşlık olduğunda Türk vatandaşlığı söz konusu değilse uygulanabilir olmaktadır. Ancak, unutulmamalıdır ki, söz konusu hükümler MÖHUK'un uygulama alanı ile sınırlı olup, hatta aksinin MÖHUK'da öngörülmesi kaydını da içerir. RG 12.12.2007-26728. https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2007/12/20071212-1.htm. Son erişim tarihi 10 Mart 2021. MÖHUK'daki hükmün özellikle uygulanacak hukuk bakımından müşterek milli hukuka atıf yapılan bağlama kuralları kapsamındaki eleştirisi için bakınız DEMİRKOL Berk, "Uluslararası Hukukta Dikkate Alınan Vatandaşlık: Gerçek Kişilerde 'Etkin Vatandaşlık' Sorunsalı", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2015/2, s.184 vd.

[109] SPIRO, 2019, s.18.

bağlantı ilkesinin uygulanması ile bu vatandaşlıkların uluslararası hukuk boyutunda sorgulanması halinde ise, uluslararası hukukun bir prensibi -vatandaşlığın söz konusu olduğu devletin hukukuna tabi olması- anlamını yitirecektir.

Gerçekten, küreselleşme ve liberalleşme vatandaşlığın kutsal statüsünü alt eden yeni bir iklim ortaya çıkarmış ve vatandaşlık artık hukuki ilişki temelinde bir çeşit enstrüman olarak kullanılmaya başlanmıştır. Bazı ülkeler bu enstrümanı göç hukukunu düzenlemek için kullanırken, diğer bazıları ise zengin ve iyi eğitilmişleri ülkesine çeken bir politikanın aracı olarak kullanmaktadırlar.[110] Bu anlamda yatırım vatandaşlığı olarak ifade edilebilecek yeni bir vatandaşlık kazanım türünden burada bahsetmek, vatandaşlığın günümüzde geldiği aşamayı belirtmek bakımından anlamlı olacaktır. Türkiye'nin de aralarında bulunduğu birçok ülke, ülkesinde yatırım yapılması karşılığında yabancılara vatandaşlık bahşetmektedir.[111] Yatırım karşılığı veri-

---

[110] WAGNER Lorin-Johannes, "Nationality as We Know It? -A Note on the Genuine Link", s.2. https://www.ejiltalk.org/nationality-as-we-know-it-a-note-on-the-genuine-link/. Son erişim tarihi 10 Mart 2021.

[111] 5901 sayılı ve 2009 tarihli (RG 12.6.2009-27256) Türk Vatandaşlığı Kanununda 2016 yılında yapılan değişiklikle, Türkiye'de yatırım yapan yabancıların istisnai yolla ve yetkili makam kararıyla Türk vatandaşlığını kazanması mümkün kılınmıştır. İlgili 12/1/b maddesine paralel olarak Kanunun ilgili yönetmeliğinde (RG.12.1.2017-29946) 20. maddeye eklenen 2. fıkra ile Türkiye'de yatırım yapan veya Türkiye'den taşınmaz satın alan yabancılar Cumhurbaşkanlığı kararı ile Türk vatandaşlığını kazanabilirler. Türk Vatandaşlığı Kanununun uygulanmasına ilişkin Yönetmeliğin 20. maddesine göre, en az 500 000 ABD Doları ya da eşiti döviz ya da Türk Lirası sabit sermaye yatırımı gerçekleştiren, en az 250 000 ABD Doları ya da eşiti döviz ya da Türk Lirası karşılığında kat mülkiyeti ya da kat irtifakı kurulmuş taşınmazı 3 yıl süre ile satmamak üzere satın alan, en az 500 000 ABD Doları ya da eşiti döviz ya da Türk Lirası mevduatı Türkiye'de bir bankada en az üç yıl tutan, en az 500 000 ABD Doları ya da eşiti döviz ya da Türk Lirası karşılığı devlet borçlanma araçlarını en az üç yıl elinde tutan, en az 500 000 ABD Doları ya da eşiti döviz ya da Türk Lirası karşılığı gayrimenkul yatırım fonu katılma payı veya girişim sermayesi yatırım fonu katılma payını alan ve üç yıl elinde tutan veya 50 kişilik istihdam yaratan bir iş kuran yabancılar yatırım vatandaşlığından yararlanabileceklerdir. Bu hükme göre, Türkiye'de yazlık satın alan bir yabancıya da ikamet dahil herhangi bir başkaca şart aranmaksızın vatandaşlık verilebilecektir. İlginç olan, yukarıda sözü edilen rakamlar 2016 yılında orijinal halinde hükümde 1 milyon, 2 milyon ve 3 milyon ABD Doları ya da eşiti iken iki yıl sonra 2018 yılında yapılan değişiklikle oldukça düşürülerek mevcut haline gelmiştir. (RG. 19.9.2018-30540).

Aslında Türkiye bu konuda yalnız değildir. Uluslararası eğilimler de son yıllarda artmıştır. Güncel olarak, uluslararası vatandaşlık edinimi hizmeti veren *Henley & Partners*'ın internet sitesine baktığımızda ülkelerin bir rekabet içinde olduğunu da görebiliriz. Örnek olarak bu konuda, Avrupa'da Avusturya, Malta ve Karadağ sayılabilir. Vatandaşlığın doğrudan kazanılması yanında yatırım karşılığı ikamet programları da bulunmakta ve belli yerleşme süreleri sonunda yine vatandaşlık edinilebilmektedir. Bu konuda yine, Avusturya, Güney Kıbrıs, Yunanistan, İtalya, Malta, Monako, Portekiz, İsviçre, İngiltere sayılabilir. Diğer ülkeler için bakınız https://www.henleyglobal.com/countries. Son erişim tarihi 12 Mart 2021.

len bu vatandaşlıkların kazanımında belli miktarda paranın ülkeye getirilmesi ve/veya belli değerde taşınmaz edinilmesi diğer bürokratik işlemlerle birlikte yeterli olabilmektedir. Bu ülkelerde kişinin/yatırımcının ayrıca ikamet etmesine dahi gerek olmamaktadır. Bu sistemlerde vatandaşlık, tahmin edilebileceği üzere klasik tanımından ya da *Nottebohm* kararında ifade edilen ülkeyle gerçek bağlantı ilkesinden oldukça uzaklaşmış olmaktadır. Vatandaşlığın normatif ve formel özelliği öne çıkmaktadır.

Tabi olduğu ülkenin iç hukukuna-vatandaşlık hukukuna uygun olarak kazanılmış vatandaşlığın uluslararası hukukta tanınmasında gerçek bağlantı kriterinin artık çoğunlukla kullanılmadığını söyleyebiliriz. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere gerek uluslararası kararlar gerek bazı uluslararası belgeler açıkça *Nottebohm* kararındaki gerçek bağlantı ilkesinin kullanılabilir olmadığını belirtmiştir. Açıktır ki, bu ilkenin kabulü devlet ile vatandaş arasındaki normatif, formel veya nesnel ilişkinin sübjektif bir kritere feda edilmesi demek olacaktır. Ayrıca, küreselleşen dünyada ortaya çıkan çok vatandaşlık kavramlarının etkisini kaybetmesi de bir diğer sonuç olarak öngörülebilir. Devletlerin, belirttiğimiz çeşitli nedenlerle çok vatandaşlığı teşvik etmesi karşısında, *Nottebohm* kararındaki romantik vatandaşlık yaklaşımının etkisini sürdürmesi elbette imkânsız olmaktadır.

Son olarak belirtilmelidir ki, gerçek vatandaşlık doktrininin altında yatan etkin ya da baskın vatandaşlık kriterlerinin tamamen etkisiz olmadığını söylemek doğru olmaz. Bu kriterlerin, -her ne kadar modern yaklaşımlar aksini göstermekte ise de- pozitif vatandaşlık düzenlemelerinde esas alınacak kriterler olarak kullanılabileceği aşikardır.[112] İlkenin çifte vatandaşlık hallerinde yine ulusal ve uluslararası *pozitif düzenlemelere bağlı olarak* kullanıldığını ya da önerildiğini görmekteyiz.[113] Ancak, bu sonuç hiçbir zaman

---

[112] ÖZEL, *Nottebohm* kararındaki ilkelere atıfla, bu ilkelere uygun olmayan vatandaşlık kanunlarının uluslararası alanda bu konuyla ilgili prensiplere aykırı olacağını ifade etmektedir. Bakınız ÖZEL Sibel, "Suriyeli Sığınmacıların Kitlesel Olarak Türk Vatandaşlığına Alınması Meselesinin Hukuki Açıdan Değerlendirilmesi", **İstanbul Barosu Dergisi**, 2017/3, s.16, 31.

[113] Özellikle Avrupa Birliği'nde yatırım vatandaşlığı ya da yatırım yoluyla yerleşme izni konusu son zamanlarda yoğun olarak tartışılmaktadır. Malta ve Güney Kıbrıs'ın çok müsait şartlarda vatandaşlık vererek yabancıların bu yolla Avrupa Birliği'ne dahil ülkeler için etkisi olan bir Avrupa vatandaşlığını da kazanması Birliği tedirgin etmektedir. Bu nedenle son yıllarda AB tarafından yapılan çalışmalarda, özellikle AB Komisyonu tarafından 2019 yılında yayınlanan "Avrupa Birliğinde Yatırım Vatandaşlığı ve Yerleşme Planları" (*Investor Citizenship and Residence Schemes in the European Union*) başlıklı raporda, üye devletlerin vatandaşlık verirken *Nottebohm* kararındaki ifadesiyle bir gerçek bağlantı aranması gerektiğini belirtmektedir. https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/com_2019_12_final_report.pdf, s.5-6. Son erişim ta-

bir ülkenin vatandaşlık hukukuna uygun şekilde kazanılmış olan vatandaşlığın-özellikle tek vatandaşlığın- uluslararası hukuk bakımından yok sayılması anlamına gelmemelidir. Diğer bir deyişle, pozitif ve nesnel bir hukuk düzenlemesine uygun olarak kazanılmış vatandaşlığın tanınması gerçek bağlantı ilkesine dayanarak reddedilmemelidir.

---

rihi 14 Mart 2021. Komisyon'un raporunda *Nottebohm* kararına yapmış olduğu atıf ve *Nottebohm* kararı eleştirilmekle beraber, gerçek bağlantı kriterinin Birlik vatandaşlığının verilebilmesi bakımından kabul edilebileceği ileri sürülmüştür. Ancak bu kriterin bir AB hukuku prensibi olarak uygulanmayacağı da ifade edilmiştir. Bakınız VAN DEN BRINK Martijn, "Revising Citizenship within the European Union: Is Genuine Link Requirement the Way Forward?", **EUI Working Papers**, s.11, 12, 17. https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/68979/RSCAS%202020_76.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Son erişim tarihi 14 Mart 2021. Diğer bir görüş ise, *Nottebohm* kararında ifade edilen "gerçek bağlantı"yı ya da onun bir diğer görünümünü tüm Avrupa vatandaşlığına yol açan mevzuat için bir şart olarak ileri sürmek, etnik milliyetçilik etiketli Pandora'nın kutusunu açmak demek olacaktır. O itibarla, bu çeşit ilkelerin ulusal mevzuatlara konulmasını temin ancak vatandaşlıkla ilgili kabul edilecek bir uluslararası sözleşme, uluslararası örf adet ya da genellikle kabul edilmiş olan uluslararası prensipler temelinde mümkün olmalıdır. Dürtme olabilir ancak dikte olmamalıdır. Bakınız JESSURUN d'OLIVIERA Hans Ulrich, Union Citizenship and Beyond, s.8-9., **EUI Working Papers**, Law 2018/15, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3247681. Son erişim tarihi 14 Mart 2021.

Avrupa Birliği'ndeki söz konusu çalışmalar sonucunda AB Komisyonu, Malta ve Güney Kıbrıs hakkında ihlal davası açmıştır. Özellikle Güney Kıbrıs'ın statüsü tartışmalı yabancılara vatandaşlık vermesi ve ayrıca sistemdeki yozlaşma nedeniyle bu soruşturmanın açıldığı belirtilmektedir. Nitekim, Komisyonun söz konusu hukuki ihtarı sonucunda Güney Kıbrıs sistemi askıya almıştır. Malta ise, mevzuatında değişlikler yaparak vatandaşlık sertifikasının verilebilmesi için geriye doğru 12 ay ikamet şartı getirmiş ve sistemi 1800 başvuru ile sınırlamıştır. Söz konusu 12 aylık etkin yerleşme şartının Malta ile gerçek bağlantının gerçekleşmesi amacıyla getirildiği belirtilmektedir. Bakınız HAIG Antoine Saliba/CHETCUTI Jean-Philippe, "Maltese Citizenship in Light of the Nottebohm Case", https://www.ccmalta.com/publications/maltese-citizenship-in-light-of-the-nottebohm-case. Son erişim tarihi 14 Mart 2021.

KAYNAKÇA

Kitap, Makale ve Diğer Yayınlar

A Handbook for ALI Reporters and Those Who Review Their Work, Revised Edition 2015, s. 4 at https://www.ali.org/media/filer_public/08/f2/08f2f7c7-29c7-4de1-8c02-d66f5b05a6bb/ali-style-manual.pdf.

Avrupa Birliğinde Yatırım Vatandaşlığı ve Yerleşme Planları (*Investor Citizenship and Residence Schemes in the European Union*), https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/com_2019_12_final_report.pdf.

AYBAY Rona, **Vatandaşlık Hukuku**, İstanbul 2004.

Van den BRINK Martijn, "Revising Citizenship within the European Union: Is Genuine Link Requirement the Way Forward?", EUI Working Papers, **RSCAS** 2020/76. https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/68979/RSCAS%202020_76.pdf?sequence=1&isAllowed=y

BUERGENTHAL Thomas, "The UN Human Rights Committee", 397, **Max Planck Yearbook of United Nations Law**, Vol 5, 2001, s.341-398. https://www.mpil.de/files/pdf1/mpunyb_buergenthal_5.pdf.

CASAS Manuel, "Nationalities of Convenience, Personal Jurisdiction and Access to Investor-State Dispute Settlement", **International Law and Politics**, Vol 49, 2016, s.63-127. https://nyujilp.org/wp-content/uploads/2010/06/49NYUJILP63_CASAS.pdf.

CCPR General Comment N0 27: Article 12 (Freedom of Movement) (1999) CCPR/C/21/Rev.1/Add.9. paragraf 20. https://www.refworld.org/docid/45139c394.html.

DEMİRKOL Berk, "Uluslararası Hukukta Dikkate Alınan Vatandaşlık: Gerçek Kişilerde 'Etkin Vatandaşlık' Sorunsalı", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2015/2, s.159-193.

DOĞAN Vahit, **Türk Vatandaşlık Hukuku**, 15. Bası, Ankara 2018

Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries, Yearbook of the International Law Commission, 2006, Vol. II, Part 2, s.23 vd. https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_2006_v2_p2.pdf.

ERDEM Bahadır, **Türk Vatandaşlık Hukuku**, 2. Baskı, İstanbul 2011.

GÜNDÜZ Aslan, **Milletlerarası Hukuk: Konu Anlatımı, Temel Belgeler, Örnek Kararlar**, Editör Reşat Volkan Günel, Ankara, Tıpkı 10. Baskı, Eylül 2019.

HAIG Antoine Saliba/CHETCUTI Jean-Philippe, "Maltese Citizenship in Light of the Nottebohm Case", https://www.ccmalta.com/publications/maltese-citizenship-in-light-of-the-nottebohm-case.

International Law Commision, First Report on Diplomatic Protection, UN Document A/CN.4/506, https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_506.pdf.

JESSURUN d'OLIVIERA Hans Ulrich, Union Citizenship and Beyond, **EUI Working Papers, Law 2018/15**, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3247681.

KNOP Karen, "Statehood: Territory, People, Government", in James Crawford/Martti Koskenniemi Editörler, **The Cambridge Companion in International**, Cambridge University Press, 2012, s.95-116.

KRAKAT Michael, "Neo-Nottebohmian 21st Century Genuine Links and Australia's Indigenous Non-Citizens", **Investment Migration Council**. https://investmentmigration.org/articles/neo-nottebohmian-21st-century-genuine-links-and-australias-indigenous-non-citizens/.

KUNZ Josef L., "The Nottebohm Judgement (Second Phase)", **The American Journal of International Law**, Jul.1960, Vol.54, No.3, s.536-571.

LEIGH Monroe, "Decision of the Iran-United States Claims Tribunal, Jurisdiction-Dual Nationality", **The American Journal of International Law**, Oct., 1984, Vol. 78, No. 4 (Oct., 1984), s.912-914. https://www.jstor.org/stable/z2202213?refreqid=excelsior%3Af433c42f43cdf6daeba1218ea10a2b64&seq=1#metadata_info_tab_contents.

MACKLIN Audrey, "Is it Time to Retire *Nottebohm*?" **Symposium on Framing Global Migration Law** - Part III AJIL Unbound / Volume 111 / 2017, s.492-497 https://www.cambridge.org/core/journals/american-journal-of-international-law/article/is-it-time-to-retire-nottebohm/C32A557A10C5FD2EAB1D1949D8E6D6BD.

NOMER Ergin, **Türk Vatandaşlık Hukuku**, 24. Bası, İstanbul 2018.

ORREGO VICUNA Francisco, "Changing Approaches to the Nationality of Claims in the Context of Diplomatic Protection and International Dispute Settlement", s.1-31 https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-.public/document/media_document/ media012224294674510changing_approaches_to_the_nationality_of_claims_in_the_context_of_diplomatic_protection_and_international_dispute_settlement.pdf.

ÖZEL Sibel, "Suriyeli Sığınmacıların Kitlesel Olarak Türk Vatandaşlığına Alınması Meselesinin Hukuki Açıdan Değerlendirilmesi", **İstanbul Barosu Dergisi**, 2017/3, s.14-31.

Restatement (Third) of the Foreign Relations of the United States, 1987.

RUBINSTEIN Kim/LEVAGH-MGURE Niamb, "More or Less Secure ? Nationality Questions, Deportation and Dual Nationality" in Alice EDWARDS/laura van WAAS Editörler, **Nationality and Statelesness under International Law**, Cambridge University Press, 2014, s.264-291.

SLOANE Robert D, "Breaking the Genuine Link: The Contemporary International Legal Regulation of Nationality", **Harvard International Law Journal**, Vol. 50, Number 1, Winter 2009, s.1-60. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1262877#.

SPIRO Peter J, "A New International Law of Citizenship", **The American Journal of International Law**, Vol. 105, No.4 (October 2011), s.694-746. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1939374.

SPIRO Peter J, "*Nottebohm* and 'Genuine Link': Anatomy of a Jurisprudential Illusion", **Investment Migration Working Papers** IMC-RP2019/1. https://investmentmigration.org/download/nottebohm-genuine-link-anatomy-jurisprudential-illusion-imc-rp-2019-1/

TWAITES Rayner, "The Life and Times of the Genuine Link", **VUWLR**, (2018) 49, s.645-670. https://ojs.victoria.ac.nz/vuwlr/article/view/5345.

UNAT İlhan, **Nottebohm Kararı ve Tabiiyetin Gerçekliği İlkesi**, Ankara 1966.

VLIEK Caia/ BALLIN Ernst Hirsch / RECALDE VELA Maria Jose, "Solving Statelesness: Interpreting the Right to Nationality", **Netherlands Quarterly of Human Rights**, 2017 Vol 35(3), s. 158-175. https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/0924051917722222.

WAGNER Lorin-Johannes, "Nationality as We Know It?-A Note on the Genuine Link", s.1-5. https://www.ejiltalk.org/nationality-as-we-know-it-a-note-on-the-genuine-link/.

WEINGERL Petra/TRATNIK Matjaz, "Citizenship by Investment Programs from the Perspective of International and EU Law", **Lexonomica**, Vol. 11, No.2, December 2019, s.95-126. https://www.researchgate.net/publication/338730062_Citizenship_by_Investment_Programs_from_the_Perspective_of_International_and_EU_Law.

WHITTLE Devon, "Nystrom v Australia", UN Doc CCPR/C/102/D/1557/2007(18 July 2011), (2012) 19 **Australian International Law Journal**, s.235-243. http://classic.austlii.edu.au/au/journals/AUIntLawJl/2012/12.pdf.

YILMAZ İlhan, "ICSID Kurallarının Gelişimi ve Önerilen Kapsamlı Son Değişiklikler", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2020/1, s.455-520.

YILMAZ İlhan, **Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü ve ICSID**, İstanbul 2005.

Uluslararası Sözleşmeler

Birleşik Devletler Meksika Kanada Anlaşması (USMCA - *United States Mexico Canada Agreement*), https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/united-states-mexico-canada-agreement/agreement-between.

Devletlerle Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümüne Dair Konvansiyon (*Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*), RG. 6.12.1988 - 20011.

Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması (*North American Free Trade Agreement*) (NAFTA) https://www.nafta-sec-alena.org/Home/Texts-of-the-Agreement/North-American-Free-Trade-Agreement.

Siyasi ve Medeni Haklar Uluslararası Sözleşmesidir ("*International Covenant on Civil and Political Rights*"), https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx.

Vatandaşlık Hakkındaki Avrupa Sözleşmesi (*European Convention on Nationality*), https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/166.

Vatandaşlık Kanunlarının Çatışmasına İlişkin Bazı Sorunlar Hakkındaki Sözleşme (*Convention on Certain Questions Relating to the Conflict of Nationality Laws*), https://treaties.un.org/Pages/LONViewDetails.aspx?src=LON&id=517&chapter=30&clang=_en.

Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi (*Vienna Convention on the Law of Treaties*), https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf.

Kararlar

Al Tamimi v Oman, ICSID Case No. ARB/11/33, 27 Ekim 2015. http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C1960/DC6932_En.pdf.

Arif v Moldova, ICSID Case No. ARB/11/23, 8 April 2013, http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C1740/DC3223_En.pdf.

Aven v Costa Rica, Case No. UNCT/15/3, 18 Eylül 2018 https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9955_0.pdf.

Champion Trading v Egypt, Case No ICSID/ARB/02/9, Decsion on Jurisdiction, https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0147.pdf.

Feldman v Mexico, Interim Decision on Preliminary Jurisdictional Issues, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, s.13-14 para 30-32 https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0317.pdf.

Flegenheimer Case-Decision No.182, Reports of International Arbitral Awards, Vol. XIV, https://legal.un.org/riaa/cases/vol_XIV/327-390.pdf.

Iran-United States Claims Tribunal, Case No. A/18, Iran- United States Claims Tribunal Reports, Vol.5, 1985, https://files.pca-cpa.org/pcadocs/bi-c/1.%20Investors/4.%20Legal%20Authorities/CA128.pdf-.

Mergé Case - Decision No.55, Reports of International Awards, Vol.XIV, https://legal.un.org/riaa/cases/vol_XIV/236-248.pdf.

Micheletti and Others v Delegación del Gobierno en Cantabria, Judgement of the Court https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:5285e429-5c52-460a-a376-1b9235db3074.0002.03/DOC_2&format=PDF.

Micheletti and Others v Delegación del Gobierno en Cantabria, Opinion of Advocate General Tesauro, I-4255-4256 5. Paragraf http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?docid=97585&doclang=EN.

Micheletti and Others v Delegación del Gobierno en Cantabria, Report for the Hearing https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:5285e429-5c52-460a-a376-1b9235db3074.0002.03/DOC_1&format=PDF.

Micula v Romania, ICSID Case No. ARB/05/20, Decision on Jurisdiction and Admissability, 24 Eylül 2008, https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0530.pdf.

Nottebohm Case (second phase), Judgment of April 4th, 1955, ICJ Reports 1955, p.4. https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/18/018-19550406-JUD-01-00-EN.pdf.

Nystrom v Australia, CCPR/C/102/D/1557/2007 (18 July 2011), s.6. http://www.worldcourts.com/hrc/eng/decisions/2011.07.18_Nystrom_v_Australia.pdf.

Saba Fakes v Turkey, ICSID Case No. ARB/07/20, 14 July 2010, s. 19, paragraf 54. https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0314.pdf.

Siag and Vecchi v Egypt, ICSID Case No. ARB/05/15, Decision on Jurisdiction https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0785.pdf.

Soufraki v the United Arab Emirates, Case No ICSID/ARB/02/7, https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0799.pdf.

Soufraki v the United Arab Emirates, Decision of the Ad hoc Committee on the Applicationfor the Annulment of Mr. Soufraki, 22 Mayıs 2007 s. 22 paragraf 47. https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0800.pdf.

Stewart v Canada, CCPR/C/58/D/538/1993 16 December 1996 https://www.refworld.org/cases,HRC,584a90807.html.

Warsame v Canada, CCPR/C/102/D/1959/2010, 1 September 2011, s.4-5 https://juris.ohchr.org/Search/Details/1639.

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2021; 1: 1013-1046

BANKA YÖNETİM KURULUNDA TEMSİL EDİLME HAKKI VEREN PAY SAHİPLERİ SÖZLEŞMESİ "KANUNA KARŞI HİLE" OLARAK DEĞERLENDİRİLEBİLİR Mİ?(*)

Dr. Öğr. Üyesi **Erkan EREN**(**)

Öz: 5411 sayılı Bankacılık Kanunu (BankK) uyarınca banka yönetim kuruluna üye belirleme imtiyazı veren payların tesisi, devri veya yeni imtiyazlı pay ihraçları için Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu'ndan (Kurul) izin alınması gerekmektedir. Uygulamada, Kurul izin sürecinden kaçınmak maksadıyla imtiyaz tesis etmeden banka ana sözleşmelerine hüküm konulmak veya ortaklar arasında pay sahipleri sözleşmesi imzalanmak suretiyle yönetim kuruluna üye belirleme hakkı yaratıldığı ve Kurul izni alınmaksızın pay devirleri yapıldığı görülmektedir. Kurul izni alınmaksızın yapılan banka pay devirleri ve banka ortakları lehine tesis edilen bu nitelikteki haklar, BankK'nın amir hükümlerinin dolanılması anlamında, "kanuna karşı hile" olarak nitelendirilebilecektir. Ancak bu duruma bağlanabilecek hukuki sonuçlar ile kanunen alınabilecek önlemler de tartışma konusu olabilecektir.

Anahtar Kelimeler: Pay Sahipleri Sözleşmesi, İmtiyazlı Pay, Pay Devri, Kanuna Karşı Hile, 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 18.09.2020. Makale Kabul Tarihi: 20.04.2021.

(**) Mersin Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, İşletme Bölümü, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı (ORCID no: 0000-0001-8931-3553; *erkaneren@mersin.edu.tr*).

Makalemin yazımı esnasında sağladığı destek ve katkılar için BDDK Hukuk İşleri Dairesinde Bankacılık Başuzmanı olarak çalışmakta olan Av. Onur IRMAK'a teşekkür ederim.

CAN A RIGHT "TO BE REPRESENTED IN THE BOARD OF DIRECTORS OF A BANK" GRANTED WITH A SHAREHOLDERS' AGREEMENT BE CONSIDERED AS "FRAUD AGAINST LAW"?

Abstract: According to the Banking Law No. 5411 (Banking Law), authorization and transfer of preferred shares with the right of promoting a member to the board of directors or issuance of new shares with privilege is subject to Banking Regulation and Supervision Board's (Board) permission. In order to avoid the permission procedure in practice, banks may establish specific provisions in their articles of incorporation without actually authorizing preferential shares or shareholders may enter into shareholders' agreements in an effort to establish the right of promoting a member to the board of directors. It is possible to qualify such establishment of rights for the shareholders and the transfer of the bank shares without the Board's permission as "fraud against law", meaning an evasion of the Banking Law's imperative provisions. On the other hand, legal consequences and possible legal measures related to such a legal qualification may lead to legal debates.

Keywords: Shareholders' Agreement, Preferred Shares, Transfer of Shares, Fraud Against Law, Banking Law No. 5411.

GİRİŞ

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun (BankK) "Pay edinim ve devirleri" başlıklı 18'inci maddesi;

> "*Bir kişinin, bir bankada doğrudan veya dolaylı pay sahipliği yoluyla sermayenin yüzde onunu ve daha fazlasını temsil eden payları edinmesi veya bir ortağa ait doğrudan veya dolaylı payların sermayenin yüzde on, yüzde yirmi, yüzde otuz üç veya yüzde ellisini aşması sonucunu veren pay edinimleri ile bir ortağa ait payların, bu oranların altına düşmesi sonucunu veren pay devirleri Kurulun iznine tâbidir.*
>
> ***Yönetim kuruluna** veya denetim komitesine **üye belirleme imtiyazı veren payların tesisi, devri veya yeni imtiyazlı pay ihracı yukarıdaki oransal sınırlara bakılmaksızın Kurulun iznine tâbidir.***
>
> ...
>
> *Ortak sayısının beşten aşağı düşmesine yol açan işlemler ile **izin alınmadan yapılan pay devirleri pay defterine kaydolunmaz. Bu hükme aykırı olarak pay defterine yapılan kayıtlar hükümsüzdür.***

> ***Nitelikli paya sahip olan ortakların kuruculardaaranan nitelikleri taşıması şarttır.*** *Kuruculardaaranan nitelikleri kaybeden nitelikli paya sahip ortaklar temettü dışındaki ortaklık haklarından yararlanamaz.* ***Bu halde, diğer ortaklık hakları Kurumun bildirimi üzerine Fon tarafından kullanılır.*** ...” hükmünü amirdir

Görüldüğü üzere hüküm ile, banka payının devrinin Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu'nun (Kurul) iznine tabi olduğu haller düzenlenmiştir. Esasen BankK incelendiğinde, bir bankanın faaliyetlerini güvenli bir şekilde yürütebilmesi amacıyla kamu gücünün çeşitli müdahalelerine yer verildiği görülmektedir. Bunlardan birisi de belirli bir oranı aşan ve belirli nitelikleri taşıyan banka payı edinim ve devirlerinin pay defterine kaydının Kurul'un izninden sonra mümkün olabilmesidir[1]. Bankaların denetlenmesi, kuruluşta kurucuların kuruculuk şartlarına sahip olup olmadığının denetlenmesi ile başlamakla birlikte, sonradan pay devralan büyük ortakların kim olduğunun bilinmesi ve bu kişilerin banka ortağı olma yeterliliğine sahip olup olmadığının denetlenmesi de oldukça önemlidir. Bankanın yönetimindeki etkinlik ve güç dengesini değiştiren pay edinim ve devirleri ayrıca izlenerek, etkin bankacılık denetimine ilişkin temel ilkeler çerçevesinde banka ortaklık yapılarının ve ortaklar için öngörülen hükümlere uygunluğun izlenmesi, banka kaynaklarının ortaklar tarafından suiistimalinin önlenmesi bakımından önem arz etmektedir. Bu kontrol aynı zamanda banka ortağının hisselerini devretmek suretiyle BankK'nın öngördüğü müeyyidelerin dolanılmasını engellemeyi de içermektedir[2]. Bu denetim ihtiyacı özetle pay oranlarının azalması veya artması şeklinde iki yönlü ve hem devralan hem de devreden yönünden iki taraflı olmalıdır[3].

Bu çalışmada, BankK md.18/1'de yer alan bahse konu oranların aşılması veya altına inilmesi sonucunu doğuran pay devirleri incelenmemiştir. Nitekim bu tür pay devrilerinde Kurul izninin alınacak olması konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Bu nedenle bu çalışmada, BankK md.18/2 hükmü kapsamında özellikle nitelikli pay tanımından hareketle, yönetim kuruluna üye belirleme imtiyazı veren ancak esas sözleşmede değil de pay sahipliği sözleşmelerinde yer alan ve Kurul izni gerektirmeyecek şekilde kaleme alınan pay devri düzenlemelerinin kanuna karşı hile olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusu incelenmektedir.

---

1 TAŞDELEN Servet, **Bankalar Kanunu Şerhi**, Adalet, İstanbul, 2015, s. 267.

2 ALICI Yaşar, **Bankacılık Kanunu Şerhi**, C.I, Oniki Levha, 2. Baskı, İstanbul, 2017, s. 275.

3 BATTAL Ahmet, **Bankacılık Kanunu Şerhi**, Seçkin, Ankara, 2006, s. 129.

Bu kapsamda aşağıda öncelikle, bankacılık hukuku özelinde nitelikli pay kavramı, banka pay devirlerinde Kurul izni konusu, ticaret hukuku bağlamında imtiyaz, imtiyazlı pay ve grup imtiyazı kavramları incelendikten sonra pay sahipleri sözleşmesinin temel özellikleri ile kanuna karşı hile müessesesi hakkında genel bilgilere yer verilerek, banka ortakları arasında imzalanan pay sahipleri sözleşmelerinde yer alan hükümlerin kanuna karşı hile teşkil edip etmeyeceği ve bu tip hükümlerin yaptırımının ne olabileceği hususu irdelenmektedir.

I. BANKACILIK KANUNU KAPSAMINDA NİTELİKLİ PAY KAVRAMI

BankK'da "adi pay" olarak adlandırılan bir kavram bulunmamakla birlikte, "nitelikli pay" kavramı tanımlandığından adi pay kavramı doğal olarak ortaya çıkmaktadır[4]. Adi pay 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ("TTK") ve BankK'da herhangi bir paya bağlanan birel hakları haiz olup; bu itibarla BankK uygulaması bakımından hiçbir özel hakka, imtiyaza ve ayrıksı konuma sahip bulunmayan pay anlamına gelmektedir[5].

BankK md.3'te tanımlanan nitelikli pay ise, *"bir ortaklığın sermayesinin veya oy haklarının doğrudan veya dolaylı olarak yüzde on veya daha fazlasını teşkil eden paylar ile bu oranın altında olsa dahi yönetim kurullarına üye belirleme imtiyazı veren payları*" ifade etmektedir[6]. Nitelikli pay tanımı, esasen Avrupa Birliği mevzuatına uyum kaynaklı olarak hukukumuza girmiş bir kavram olup Avrupa Birliği'nin değişik yönergeleri ile nitelikli pay sahipliği kavramı tanımlanarak BankK'da olduğu gibi nitelikli pay sahiplerine ilişkin özel düzenlemelere yer verilmiştir[7].

---

4 YÜCEL Özge, **5411 Sayılı Bankacılık Kanununun 18'inci Maddesi Açısından İzne Tabi Pay Edinim ve Devirleri**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2011, s. 51.

5 TEKİNALP Ünal, **Ünal Tekinalp Banka Hukukunun Esasları**, Vedat, İstanbul, 2009, s. 149.

6 BankK'da yer alan nitelikli pay tanımının eleştirisi için bkz. MEMİŞ Tekin, "Grup İmtiyazının Kabul Edildiği Bankalarda Grup İçindeki Bütün Paylar Nitelikli Pay Sayılır mı?", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 3113.

7 Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇELEBİCAN Gürgan, "Avrupa Birliği'nde Kredi Kurumlarının Kurulmaları, Faaliyet İzni Almaları ve Faaliyetlerinin Sona Ermesi", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 56, S. 3, Ankara 2007, s. 53 vd. Avrupa Birliği'nin 86/635/EEC Yönergesi'nin 4. maddesinin 11. bendinde nitelikli sermaye payı, "*bir teşebbüste sermayenin ya da oy haklarının %10'unu veya daha fazlasını doğrudan doğruya ya da dolaylı biçimde temsil eden yahut teşebbüsün yönetimini önemli ölçüde etkilemeye olanak veren sermaye payı*" olarak tanımlanmıştır. (**ÇELEBİCAN**, s. 65).

Öte yandan kuruculardа aranan şartlar nitelikli pay sahiplerinde de aranarak (BankK md.18/5), pay devirlerinde, banka payını iktisap edecek kişilerin aynı etik değerleri, finansal, ekonomik ve toplumsal itibar şartlarını, aynı şeffaf ilişkileri haiz olmaları amaçlanmıştır.

Nitelikli paylar, pay oranına göre ve sahip oldukları imtiyazlara göre iki türe ayrılmıştır. Söz konusu iki tür nitelikli pay arasında nitelikli paya bağlanan sonuçlar bakımından herhangi bir farklılık bulunmamaktadır.

1. Oy ve Sermaye Miktarına Göre Nitelikli Pay

BankK md.3'te yer alan tanıma göre, bir ortaklığın sermayesinin veya oy haklarının doğrudan veya dolaylı olarak %10 veya daha fazlasını teşkil eden paylar, nitelikli paydır. Kanun koyucu alt sınır olarak %10 oranını getirerek, TTK uyarınca aynı zamanda azınlık haklarına sahip olan bu payları nitelikli pay olarak kabul etmiştir[8].

Nitelikli pay diğer taraftan bir ortaklığın oy hakkının en az %10'unu teşkil eden payları da ifade etmektedir. Söz konusu düzenlemeyi, pay miktarı %10 oranının altında kalsa dahi, oy haklarında imtiyaza sahip olup daha fazla oy kullanma hakkına sahip payları içine alacak şekilde geniş kabul etmek gerekmektedir. Böylece anonim ortaklıkta %5 oranında sermayeye sahip olmakla birlikte her payın iki oy hakkı verdiği pay grubu da sonuç itibariyle %10'luk bir oy hakkına sahip olduğu için nitelikli pay olarak değerlendirilecektir[9].

2. Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaza Göre Nitelikli Pay

BankK md.3 uyarınca banka yönetim kurullarına üye belirleme imtiyazı veren paylar da nitelikli paydır. Bu durumda söz konusu payların aynı zamanda ortaklığın sermayesinin veya oy haklarının %10 veya daha fazlasını teşkil etmesine gerek bulunmamaktadır. Bu oranın altında kalsa bile yönetim kuruluna üye belirleme imtiyazı verdiği sürece bu tür paylar nitelikli pay

---

[8] ÖZDAMAR Mehmet, "Türk Banka Hukukunda "Nitelikli Pay" Kavramı", **Doç. Dr. Haluk Konuralp'e Armağan**, C. III, Yetkin, Ankara 2009, s. 734; **TEKİNALP**, Banka Hukuku, s.150; REİSOĞLU Seza, **Bankacılık Kanunu Şerhi**, C. I, Yaklaşım, İstanbul, 2007, s. 113. Öte yandan, Tekinalp'e göre, BankK'da nitelikli payda %10 ifadesine yer verildiği için, sermaye piyasası mevzuatında azlık haklarının sermayenin %5'ini oluşturan payların sahiplerine tanınması halka açık bankalarda nitelikli payın sermayenin %5'ine sahip olunması ile gerçekleşeceği ileri sürülemez. (**TEKİNALP**, Banka Hukuku, s. 150).

[9] **ÖZDAMAR**, s. 735.

niteliğindedir. Bu tür paylarda Kanun koyucu sahip olunan pay miktarından ziyade, payların sahip olduğu ve yönetime katılma hakkı veren imtiyazı esas almaktadır[10].

Diğer taraftan doktrinde grup imtiyazı (yönetim kurulunda temsil edilme hakkı) tanınması durumunda gruba dahil pay sahiplerinin mi yoksa payların mı nitelikli olduğu konusu da incelenmiş ve grup imtiyazının bazen binlerce hatta milyonlarca pay sahibinin bulunduğu bir pay grubuna tanınabilmesi[11] sebebiyle tüm pay sahiplerinin nitelikli pay sahibi sayılmaması gerektiği, yalnızca bu grup içinde pay sahipliği oranı %10'u geçen pay sahiplerinin nitelikli pay sahibi olarak düşünülmesi gerektiği belirtilmiştir[12].

II. BANKACILIK KANUNU KAPSAMINDA PAY DEVİRLERİNDE KURUL İZNİ ŞARTI

BankK md.18/2 uyarınca banka yönetim kuruluna veya denetim komitesine üye belirleme imtiyazı veren payların tesisi, devri veya yeni imtiyazlı pay ihracı, oransal sınırlara bakılmaksızın Kurul'un iznine tâbidir. BankK'da banka yönetim kuruluna üye belirleme imtiyazı veren paylar "nitelikli pay" olarak tanımlanmış ve 18'inci madde uyarınca da nitelikli paya sahip olan ortakların banka kurucularında aranan nitelikleri taşımasının şart olduğu düzenlenmiştir. Görüleceği üzere bankalarda, sayılan imtiyazlı payların tesisi, devri veya ihracı Kurul izni gerektirmekte, banka yönetim kurullarına üye belirleme imtiyazı veren payların edinimi ise edinen ortağın banka kurucularında aranan nitelikleri taşıması şartına bağlanmaktadır.

BankK'nın banka kurucularında aranan şartları düzenleyen 8'inci maddesinde ise müflis olmamak, daha önce Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna (TMSF) devredilmiş olan bankalarda nitelikli paya sahip olmamak, bazı suçlardan hükümlü olmamak, gerekli malî güç ve itibar ile işin gerektirdiği dürüstlük ve yeterliliğe sahip bulunmak gibi bazı özellikler sayılmıştır. Sayılan özelliklere sahip olmayan veya sahip olmakla birlikte bu nitelikleri kaybeden kişiler için söz konusu maddenin bir bankada yönetim kuruluna üye belirleme imtiyazı veren payları edinmesi bakımından aşılmaz bir engel teşkil ettiği açıktır. Nitekim şartları taşımayan pay devirleri BankK md.18 kapsamında Kurul tarafından reddedileceği gibi, izin almadan yapılacak bir imtiyazlı pay devri de hükümsüz

---

[10] **ÖZDAMAR,** s. 735.

[11] Payları borsada işlem gören bankalar için geçerli olabilecek bir durumdur.

[12] **MEMİŞ**, s. 3120-3121.

olup; bu paylara ait temettü hariç ortaklık hakları TMSF tarafından kullanılmaktadır[13]. Ayrıca, Kurul izni alınmadan yapılan pay devirlerinin pay defterine kaydı halinde BankK md.146/1-a maddesi gereğince Kurul tarafından ilgili bankaya idari para cezası yaptırımı da uygulanacaktır.

Bankalarda yönetim kuruluna üye belirleme imtiyazı veren payların tesisi, devri veya yeni imtiyazlı pay ihracı konusunda BankK'nın aradığı şartlar ve getirdiği izin uygulamasının amacı bankaların ülke ekonomisindeki önemli yerleri sebebiyle yönetimlerinde etkili olacak kişilerin titizlikle seçilmeleri sağlamak ve banka paylarının devri bakımından serbest hareket edilmesini sınırlamaktır. Zira izin şartı sadece yönetim kuruluna üye belirleme imtiyazı veren payların tesisi, devri veya yeni imtiyazlı pay ihracı konusunda değil; aynı zamanda bir kişinin, bir bankada doğrudan veya dolaylı pay sahipliği yoluyla sermayenin yüzde onunu ve daha fazlasını temsil eden payları edinmesi veya bir ortağa ait doğrudan veya dolaylı payların sermayenin yüzde on, yüzde yirmi, yüzde otuz üç veya yüzde ellisini aşması sonucunu veren pay edinimleri ile bir ortağa ait payların, bu oranların altına düşmesi sonucunu veren pay devirleri için de getirilmiştir. Nihai amacın, gerek bankadaki pay miktarı gerekse imtiyazlı payın sağladığı imkânlar sonucunda banka yönetiminde söz sahibi olacak kişilerin tespiti için bir kontrol mekanizması getirmek olduğu görülmektedir.

III. TÜRK TİCARET KANUNU KAPSAMINDA İMTİYAZ KAVRAMI

1. Genel Olarak İmtiyaz Tanımı

TTK md.478/2'de imtiyaz; kâr payı, tasfiye payı, rüçhan ve oy hakkı gibi haklarda, paya tanınan üstün bir hak veya kanunda öngörülmemiş yeni bir pay sahipliği hakkı olarak tanımlanmaktadır. Doktrinde de imtiyaz, sermaye katılım oranına göre diğer paylara nazaran farklı üstün haklar ve ayrıcalıklar tanınması biçiminde ortaya çıkmakta olup, paya tanınan üstün bir hak olarak tanımlanmaktadır[14].

---

[13] **ALICI**, s. 290; **REİSOĞLU**, Şerh, s. 325. Bu noktada belirtmek gerekir ki, Kurul izni alınmadığı için pay defterine kaydedilmeyen pay devirlerinde de devralan, payların maliki olur ve banka temettüleri yeni pay sahibine ödenir. Nitekim temettü (kâr payı) talep etme hakkı doğrudan paya bağlı bir hak olup, kâr payının, pay maliki kim ise ona ödenmesi gerekmektedir.

[14] TEKİNALP Ünal, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, Vedat, İstanbul, 2015, s. 83; KARAHAN Sami, **Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar ve İmtiyazların Korunması**, Kazancı, İstanbul, 1991, s. 45; KENDİGELEN Abuzer, **Anonim Ortaklıkta Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz**, İstanbul 1999, s.38; PULAŞLI Hasan, **Yeni Şirketler Hukuku**

İmtiyazın konusunu kâr payı, tasfiye payı, rüçhan hakkı oluşturabileceği gibi, oy hakkında imtiyaz veya yönetim kurulunda temsil edilmeye ilişkin imtiyaz da pay/pay gruplarına tanınacak imtiyazların konusunu oluşturabilmektektir.

Bir paya veya pay grubuna imtiyaz tanınabilmesi için, şirket esas sözleşmesinde bu yönde bir hüküm bulunması[15] veya böyle bir hüküm yoksa esas sözleşmenin bu yönde değiştirilmesi gerekmektedir[16]. Ayrıca, imtiyazın ana sözleşmede açık bir şekilde öngörülmesi ve imtiyazın konusu ile bağlı olduğu şartların belirli olması gerekmektedir[17]. Yorum yoluyla imtiyazlı pay yaratılması mümkün değildir[18]. Bu minvalde imtiyaz kural olarak paya tanınabilir. Diğer bir ifadeyle, "üstün veya ayrıcalıklı hakkın" kişiye[19], makama veya sıfata değil[20], paya bağlanması gerekir ve söz konusu paya sahip olan

---

Genel Esaslar, Adalet, Ankara, 2012, s. 735; KAYA İlknur, "İmtiyazlı Pay Kavramı ve Kayıtlı Sermaye Sistemindeki İmtiyazlı Paylar", **Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S.3, Eskişehir, 2016, s. 225; POROY Reha/ TEKİNALP Ünal/ ÇAMOĞLU Ersin, **Ortaklıklar Hukuku I**, Vedat, İstanbul 2019, s. 633. *Tekinalp,* TTK md.478/2 hükmünün Türk hukukuna "adi pay" kavramını getirerek bir boşluğu doldurduğunu belirtmektedir. Yazara göre, anılan maddede adi pay terimi yer almamasına rağmen üstün hak ibaresi, imtiyazın adi paya nazaran üstün hak verdiğini ifade eder. Üstün hak terimi payın imtiyaz tanınan konuda, TTK tarafından o konuda verilen hakkı aşan miktar veya oranda hak sağlamasını ifade eder. Böylece md.478/2 uyarınca bir paya, kanunda tanınan hakların düzeyinin üstünde bir hak tanınması imtiyazdır. Dolayısıyla üstünlük adi paya nazarandır: (A) grubuna dâhil bir pay 2 oy hakkı sağlarken, (B) grubu pay 4 oy hakkı sağlıyorsa TTK sisteminde her iki pay grubu da oyda imtiyazlıdır, çünkü ikisi de TTK tarafından sağlanan 1 oy hakkını aşan miktarda oy hakkı sağlamaktadır. (**TEKİNALP** [Poroy/Çamoğlu], C. I, s. 636).

15 **KENDİGELEN**, İmtiyaz, s. 35; BAHTİYAR, Anonim Ortaklık Sözleşmesi, Beta, İstanbul 2001, s. 199; TAFTALI OKUCU İpek, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Anonim Şirketlerde İmtiyaz**, Oniki Levha, İstanbul 2018, s. 18; BALTALI Candemir, **Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunda Temsil Edilme İmtiyazı,** Oniki Levha, İstanbul 2019, s. 104.

16 "Esas sözleşmenin değiştirilmesi suretiyle" imtiyaz yaratılabilmesi konusunda Mülga TTK'da açık bir düzenleme bulunmamakta idi. Ancak yeni TTK md.478/1 maddesinin açık ifadesi gereği esas sözleşmenin değiştirilmesi suretiyle imtiyaz tanınması artık mümkündür. Bu anlamda imtiyaz ya anonim şirketin kuruluşunda esas sözleşmede bu yönde yapılacak bir düzenleme ile ya da daha sonra yapılacak bir esas sözleşme değişikliği ile tanınabilir. (**OKUCU TAFTALI**, s. 18.) Dolayısıyla, esas sözleşme değişikliği olmadan salt bir genel kurul kararı ya da yönetim kurulu kararı alarak imtiyaz yaratılması mümkün değildir.

17 **TEKİNALP** [Poroy/Çamoğlu], C. I, s. 637; **TEKİNALP,** Sermaye Ortaklıkları, s. 84.

18 **KARAHAN,** s. 25; YARGITAY 11. HD'nin 12.11.1992 tarih ve E: 1992/3211 K: 1992/10546 sayılı kararı için bkz. http://www.kazanci.com.tr, (Erişim Tarihi: 07.06.2020).

19 İmtiyaz hakkının ismen bir veya birden çok ortağa tanınması imtiyazın paya tanınması kuralı ile çelişecektir. İmtiyazın pay sahiplerine tanınması ancak bu hakkın grup olarak belirli bir pay sahibi grubu tarafından kullanılabilmesi ile mümkün olmalıdır. (**OKUCU TAFTALI**, s. 83).

20 Hemen bu noktada belirtmek isteriz ki, yeni TTK (md.360) ile artık, imtiyazın pay ve pay grupları dışında özellik ve nitelikleri itibariyle belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine veya azınlığa tanınabilmesi imkânı getirilmiş ve bu hakkın imtiyaz hakkı olduğu mezkûr maddede açıkça ifade edilmiştir.

kişiler bu pay nedeniyle imtiyazlı bir konuma sahip olurlar. Dolayısıyla paya değil de kişiye bağlanan ayrıcalıklar imtiyaz değil akdi hak oluştururlar[21]. Bu itibarla yönetim kurulu veya genel kurul başkanının genel kurulda üstün oya

sahip olması, kişilere tanınan şirket organlarında temsil edilme hakkı, bir yöneticilik sıfatının belirli veya belirsiz süre taşınması (mesela pay sahibi A'ya ömür boyu murahhas üyelik ve/veya YK başkanlığı bahşedilmesi), belirli kişilere veya bazı makamlara genel kurul kararlarını veto etme olanağı tanıyan haklar imtiyaz olarak kabul edilmemektedir[22].

2. Grup İmtiyazı Nedir?

Mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda (Mülga TTK), paya değil de kişiye tanınan haklar (esas sözleşme ile tanınmış bile olsa) imtiyaz olarak kabul edilmemekte idi. Zira bu durum, imtiyazlı payda hakkın kişiye değil, doğrudan paya bağlı olması sebebiyle söz konusu imtiyazın sadece pay sahibi tarafından kullanıldığı ve payı devralan kişinin, paydan kaynaklanan bu imtiyazı da devraldığı şeklinde izah edilmekteydi. Bununla birlikte, o dönemde Yargıtay[23] ve doktrin[24] imtiyazın sadece paya bağlanabileceği ilkesine bir istisna getirerek, doğrudan paya değil, belirli bir pay grubuna tanınan hakları da imtiyaz olarak nitelendirmiştir. Başka bir deyişle, bu nitelikteki haklar Mülga TTK'nın 401'inci maddesinde yer alan "*vesaire hususlar*" ibaresi kapsamında bir "grup imtiyazı" olarak kabul edilmekte idi[25]. Ancak belirtilmelidir ki, bu durumda da imtiyaz tamamen paydan soyutlanmamakta, fakat paylardan oluşan (pay sahiplerinden değil) bir gruba tanınmaktadır. İmtiyazın paya değil de pay grubuna tanınması, daha çok belli paylara sahip kişilerin şirkette temsil edilme hakkına ilişkin olarak gündeme gelmektedir. Pay grubuna tanınan imtiyaz, diğer imtiyazlardan farklı olarak gruptaki her bir paya tek başına değil, pay grubuna bir bütün olarak tanınmaktadır.

---

21 **TEKİNALP** [Poroy/Çamoğlu], C. I, s. 637; PULAŞLI Hasan, "Anonim Şirketlerde Yönetimde İmtiyaz ve Buna İlişkin Esas Sözleşme Düzenlemelerinin Anlam ve Etkisi", **Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı**, İstanbul, 2001, s. 564.

22 **TEKİNALP** [Poroy/Çamoğlu], C. I, s. 637; **KENDİGELEN**, İmtiyaz, s. 26; **BAHTİYAR**, s. 201.

23 Yargıtay 11. HD, 08.10.1993, E: 1992/6626, K: 1993/6317; 11 HD. 16.10.1979, E: 4286, K: 4769. http://www.kazanci.com.tr, (Erişim Tarihi: 24.07.2020).

24 **KENDİGELEN**, İmtiyaz, s. 27; POROY Reha/ TEKİNALP Ünal/ ÇAMOĞLU Ersin, **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**, Vedat, İstanbul 2005, s. 479.

25 TEOMAN Ömer, **Yaşayan Ticaret Hukuku, C. I: Hukuki Mütalaalar, Kitap 10:** 2000-2002, Vedat, 1. B. İstanbul 2003, s. 83; **PULAŞLI**, Yönetimde İmtiyaz, s. 552.

Özellikle şirkette temsil edilme hakkına ilişkin olarak "pay grubuna verilen imtiyaz" ile amaçlanan, azınlık konumunda bulunan paydaşların şirket yönetiminde söz sahibi olmasının sağlanması ve çoğunluk paya sahip olanlar aleyhine bir ayrıcalığın tanınmasıdır. Zira, zaten tek başına şirket organlarının bütün üyelerini seçme olanağı sağlayacak kadar çok payı bulunan bir paydaşa, ayrıca organlarda temsil edilme imtiyazı tanınması bir ayrıcalık olarak kabul edilemeyecek, bu nedenle şirket organlarında temsil edilmeye ilişkin ayrıcalık, temsil ettikleri sermaye oranına göre azınlıkta bulunan pay sahipleri yararına, çoğunluk iradesinin sınırlandırıldığı durumlarda söz konusu olabilecektir. Böylece azınlık konumunda olan paydaşlar da organlarda temsil edilebilecek ve menfaatlerinin korunması sağlanabilecektir.

3. Mülga TTK Döneminde Yönetim Kurulunda Temsil Edilme İmtiyazı (Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz)

Yukarıda da ifade edildiği üzere mülga TTK md.401 uyarınca, imtiyaz tanınabilecek hakların, kâr payı ve tasfiye payının yanı sıra "ve sair hususlar" ifadesi ile tüm hakları kapsayacak şekilde belirlenmiş olması nedeniyle[26] yönetimde imtiyaza da olanak tanınmıştır. Yönetimde imtiyaz tanınması çeşitli şekillerde olabilmektedir. İmtiyaz, bir şirket içindeki imtiyazlı pay grubuna şirket yönetim kuruluna aday gösterme hakkı tanınması şeklinde olabileceği gibi, yönetim kurulunun bazı üyelerinin belirli bir grup pay sahipleri arasından seçilmesi şeklinde de olabilir[27].

Bununla birlikte doktrinde imtiyazlı pay grubunun yönetim kurulu üyelerinden birini yahut bir kısmını doğrudan seçebileceği belirtilmiştir[28]. Fakat, Türk hukuku bakımından imtiyazlı pay grubu tarafından yönetim kuruluna ve diğer şirket organlarına doğrudan üye seçilmesi esas sözleşmede bu yönde bir hüküm olması halinde dahi mümkün görünmemektedir. Zira, yönetim kuruluna üye belirleme yetkisi münhasıran genel kurulda olup[29], bu yetki başka bir organ, pay sahibi veya pay sahiplerine terk edilememektedir. Bu itibarla, yönetim kurulunun genel kurul tarafından seçileceğine ilişkin emredici hüküm nedeniyle, se-

---

[26] **KARAHAN**, s.127; ÇEKER Mustafa, **Anonim Ortaklıkta Oy Hakkı ve Kullanılması**, BTHAE Yayınları, Ankara, 2000, s. 45; İMREGÜN Oğuz, "Anonim Ortaklıklarda Özel Kategori Paylar", **Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan**, Ankara, 2003, s. 182.

[27] **KENDİGELEN**, İmtiyaz, s. 226-230.

[28] **KARAHAN**, s. 126-127; GÜNEL Onur Kerem, **Özel Kategori Paylar**, Sermaye Piyasası Kurulu Yayın No: 92, Ankara, 1997, s. 49.

[29] **KENDİGELEN**, İmtiyaz, s. 220-221; **ÖZDAMAR**, s. 725.

çimin mutlaka genel kurul tarafından yapılacağı göz önünde tutularak, bu seçim konusunda genel kurula imkân tanıyacak şekilde, esas sözleşmede öngörülen sayının en az bir katı fazlası genel kurula sunulmalıdır[30].

İmtiyazlı pay grubu tarafından yönetim kuruluna aday gösterildiği takdirde, bu aday genel kurul tarafından seçilmek zorundadır[31]. Aday göstermede, şirket organlarına üye gönderme hakkının aksine, yönetim kurulu üyeleri sonuçta genel kurul tarafından seçildiğinden, belirli bir pay grubuna aday önerme hakkı tanınması genel kurulun organların seçimi konusundaki münhasır ve devredilemez nitelikteki yetkisine tecavüz olarak yorumlanmayacaktır[32]. Bununla birlikte, genel kurulun bu yükümlülüğü mutlak olmayıp, sınırlı da olsa bir takdir yetkisi tanınmıştır. Genel kurul, adayların seçilme ehliyetlerinin bulunmaması veya seçilme engeli taşımaları halinde haklı nedene dayanarak seçimden kaçınabilecektir[33].

4. Türk Ticaret Kanunu Kapsamında İmtiyazlı Pay ve Grup İmtiyazı

TTK'da esasen Yargıtay ve doktrin tarafından kabul edilen ve yukarıda zikredilen fiili durum (grup imtiyazı) özel bir madde ile düzenlenmiştir. TTK'nın 360'ıncı maddesi, esas sözleşmede öngörülmek koşuluyla belli pay gruplarına, belirli pay sahiplerine ve azlığa yönetim kurulunda seçilme ve temsil edilme hakkı tanınabileceğini, anılan maddenin ikinci fıkrasında da bu nitelikteki payların imtiyazlı sayılacağını hükme bağlamıştır. Bu hususun "İmtiyaz paya tanınır." kuralının istisnasını oluşturduğu ve bahse konu imtiyazın mutlaka esas sözleşme ile tanınması gerektiği konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır.

TTK'nın *"İmtiyazlı Paylar"* başlıklı 478'inci maddesinin ilk üç fıkrası;

"(1)İlk esas sözleşme ile veya esas sözleşme değiştirilerek bazı paylara imtiyaz tanınabilir.

(2) İmtiyaz; kâr payı, tasfiye payı, rüçhan ve oy hakkı gibi haklarda, paya tanınan üstün bir hak veya kanunda öngörülmemiş yeni bir pay sahipliği hakkıdır.

(3) ***360'ıncı madde hükmü saklıdır.****"* şeklinde düzenlenmiştir.

---

30 **PULAŞLI**, Yönetimde İmtiyaz, s. 570.

31 **GÜNEL**, s. 49; **KARAHAN**, s.129.

32 **KENDİGELEN**, İmtiyaz, s. 226.

33 **KARAHAN**, 129.

Uygulamada en çok karşılaşılan imtiyaz şekillerinden birini, belirli grupların yönetim kurulunda temsil edilmesine ilişkin imtiyaz hakkı oluşturmaktaydı[34]. Yeni TTK'nın aksine mülga TTK'da yönetim kurulunda temsil edilme hakkı düzenlenmemiş ve hakkın niteliği konusunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüş ve hâkim görüş ve Yargıtay, pay gruplarına tanınan temsil edilme hakkını imtiyaz olarak nitelendirmiştir[35].

Yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınmasında temel amaç, azınlık konumunda bulunan pay sahiplerinin yönetim kurulunda bir veya daha fazla üye tarafından temsil edilmek suretiyle, yönetimde etkinlik elde etmesine ve menfaatlerinin daha etkili bir şekilde korunmasına imkân sağlamaktır[36]. Bu anlamda temsil edilme hakkı, menfaatler dengesinin sağlanmasına ve çoğunluğun azınlığa egemen olmasına engel olmaya hizmet etmekte, azınlığın sesini yönetim kurulunda duyurabilmesine olanak vermektedir[37].

Yeni TTK ile birlikte imtiyazın sadece paya tanınabileceğine ilişkin kurala bir istisna getirilmiştir. Artık, imtiyazın pay ve pay grupları dışında özellik ve nitelikleri itibariyle belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine veya azınlığa tanınabilmesi imkânı getirilmiş ve bu hakkın imtiyaz hakkı olduğu TTK'da açıkça ifade edilmiştir[38]. Anılan Kanunun 360'ıncı maddesi;

> *"(1)Esas sözleşmede öngörülmek şartı ile, belirli pay gruplarına, özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine ve azlığa yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınabilir. Bu amaçla, yönetim kurulu üyelerinin, belirli bir grup oluşturan pay sahipleri, belirli pay grupları ve azlık arasından seçileceği esas sözleşmede öngörülebileceği gibi, esas sözleşmede yönetim kurulu üyeliği için aday önerme hakkı da tanınabilir. Genel kurul tarafından yönetim kurulu üye-*

---

34 **KENDİGELEN**, İmtiyaz, s. 181.

35 Yönetim kurulunda temsil edilme hakkının niteliği konusunda BALTALI, TTK md.360/1'de özellik ve nitelikleriyle belirli grup oluşturan pay sahiplerine ve azlığa yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınabileceği ifade edilirken, md.360/2'de hakkın tanındığı payların imtiyazlı kabul edilmesinin tartışmaları ve fikir ayrılıklarını beraberinde getirdiğini, bu bağlamda bir taraftan imtiyazın paya bağlanacağı ilkesinden artık sapıldığı ve imtiyazın pay sahibine de tanınabileceği belirtilirken, diğer taraftan pay grubu dışındaki zümrelere tanınan hakkın müktesep hak olduğu ya da grup hakkı olduğu gibi farklı tespitlerde bulunulduğunu ifade ederek tüm bu tartışmaları kitabında ayrıntılı bir şekilde (s. 251 vd.) incelemiştir.

36 **KENDİGELEN**, s. 184; **KENDİGELEN**, Moroğlu'na Armağan, s. 349-350; KARASU Rauf, **Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi**, Yetkin, Ankara 2015, s. 148.

37 **BALTALI,** s. 187.

38 KARASU Rauf, "Anonim Şirket Yönetim Kurulunda Belirli Grupların Temsil Edilme Hakkı", **Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi**, Ankara, 2016, s. 32.

liğine önerilen adayın veya hakkın tanındığı gruba ve azlığa mensup adayın haklı bir sebep bulunmadığı takdirde üye seçilmesi zorunludur. Bu şekilde tanınacak temsil edilme hakkı, halka açık anonim şirketlerde yönetim kurulu üye sayısının yarısını aşamaz. Bağımsız yönetim kurulu üyelerine ilişkin düzenlemeler saklıdır.

(2) Bu maddeye göre yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınan paylar imtiyazlı sayılır." hükmünü amirdir.

Söz konusu madde uyarınca, esas sözleşmede öngörülmek şartı ile, (a) belirli pay gruplarına, (b) özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine ve (c) azlığa yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınabilmektedir.

A. "Belirli Pay Gruplarına Tanınan Yönetim Kurulunda Temsil Edilme Hakkı"

"*Belirli pay grupları*"na tanınan imtiyazda (örneğin, A grubu pay sahipleri), bu payın devri halinde payı devralan, her durumda ilgili gruba dâhil olacak ve bu pay grubuna tanınan imtiyazdan aynen yararlanmaya devam edecektir. Bu konuda herhangi bir tereddüt veya hukuki bir tartışma bulunmamaktadır.

B. "Özellik ve Nitelikleri İtibari ile Belirli Bir Gruba Mensup Olan Pay Sahiplerine Tanınan Yönetim Kurulunda Temsil Edilme Hakkı"

Dikkat edilecek olursa bu kategoride imtiyaz hakkı doğrudan pay sahiplerine değil, "*özellik ve nitelikleri itibari ile belirli bir gruba mensup olan*" pay sahiplerine tanınmaktadır. Anılan maddenin gerekçesinde de imtiyaz hakkı tanınacak pay sahipleri grubunun meslek veya işletme konuları esas alınarak belirlenebileceği yönünde birtakım ölçütlere yer verilmiştir[39]. Pay sahiplerine tanınmak istenen imtiyaz hakkı, somut bir pay grubu ayrımı yapılmaması halinde söz konusu olamayacaktır[40]. TTK'nın 360'ıncı maddesi anlamında belirli bir gruptan bahsedebilmek için ana sözleşmede somutlaştırılan ve kural olarak aralarında ortak bağlar bulunan bir grubun varlığı ge-

---

[39] YARGITAY 11 HD, 22.06.2015, E.2014/19135, K.2015/8578 ; AKAD Gül, **6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Anonim Şirketlerde İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulu**, Vedat, İstanbul, 2013, s. 14.

[40] KENDİGELEN Abuzer, **Yeni Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler**, İstanbul 2012, s. 252.

rekmektedir[41]. Başka bir ifadeyle, payları gruplara ayırmadan ya da imtiyazın konusunu teşkil edecek payları diğer paylardan belirgin bir şekilde ayırmadan imtiyaz oluşturulması hukuken mümkün bulunmamaktadır. Bununla birlikte, pay sahipleri arasında bir ayrım yapılmasını sağlayacak her bir kriter grup oluşturmaya yeterli sayılmaktadır. Örneğin, bir şirkette çalışan pay sahipleri, üretim yapan bir anonim şirketin müşterileri, şirkete ham madde tedarik edenler, belirli bir mesleğe mensup olanlar, "*özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahipleri*" olarak sayılmaktadır[42]. Hemen bu noktada ifade etmek isteriz ki, "*özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahipleri*"ne tanınan imtiyazda, bu payı devralan kişi ancak esas sözleşmede öngörülen özellik ve niteliği taşıması kaydıyla o gruba mensup olabilecek, aksi halde imtiyaz hakkı elde edemeyecektir[43]. Örneğin, yumurta üreticilerinden oluşan bir gruptan pay devralan kişi, ancak yumurta üreticisi olması şartıyla o gruba tanınmış olan imtiyazdan faydalanabilecektir. Aksi halde, yumurta üreticisi olmayan yani, özellik ve nitelikleri ile belirli bir gruba dâhil olmayan birisinin bu payı devralması durumunda bu kimse imtiyaz hakkı sahibi olamayacaktır.

C. "Azlığa Tanınan Yönetim Kurulunda Temsil Edilme Hakkı"

TTK'nın 360'ıncı maddesinde belirli pay grupları ile özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahipleri dışında "azlığa" da yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınmıştır. Sözü edilen azınlık ile, dar ve teknik anlamdaki (halka kapalı anonim şirketlerde esas sermayenin en az 1/10'una; halka açık anonim şirketlerde çıkarılmış sermayenin en az %5'ine (1/20) sahip olma) değil, geniş anlamdaki azınlık kastedilmektedir. Bu nedenle %50'den fazla oya sahip çoğunluk karşısında yer alan payların sahibi veya sahipleri bu madde anlamında azlık sayılmaktadır[44]. Ancak azlığın esas

---

41 ÇAMOĞLU Ersin, "6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Anonim Ortaklık Yönetim Kurulunda Belirli Grupların Temsili", **Adalet Bakanlığı Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu**, Ankara 26.12.2007, m.360, s. 489.

42 KENDİGELEN Abuzer, "İsviçre Hukukunda Farklı Pay Sahibi Kategori veya Gruplarının Şirket Organlarında Temsili", **Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı**, İstanbul, 2001, s. 385.

43 KIRCA İsmail/ ŞEHİRALİ ÇELİK Feyzan Hayal/ MANAVGAT Çağlar, **Anonim Şirketler Hukuku Cilt: 1**, BTHAE Yayınları, Ankara, 2013, s. 427.

44 **KIRCA [**Şehirali Çelik / Manavgat], s. 430; Örneğin azınlığa yönetim kuruluna aday önerme hakkının tanındığı ve azınlığın da esas sermayenin %30'unu oluşturan pay sahipleri olarak tanımlandığı bir esas sözleşmede, şirket esas sermayesinin %5, %10 ve %15'ine sahip üç pay sahibi söz konusu imtiyazdan tek başlarına yararlanamayacak, ancak bu pay sahipleri bir araya gelerek bu imtiyazdan yararlanabileceklerdir. (**OKUCU TAFTALI**, s. 86).

sözleşmede iyi tanımlanması imtiyazların kullanılmasına ilişkin hükümler açısından büyük bir önem taşımaktadır.

Öte yandan, esas sermayenin sadece belirli bir tutarını temsil eden pay sahiplerinin yönetim kuruluna aday önerme hakkına sahip olacağını belirten esas sözleşme hükmü ile imtiyaz tesis edilip edilemeyeceği konusu doktrinde tartışmalıdır[45]. Bahse konu doktrinsel tartışmanın farklı boyutları bulunmakla birlikte özü şudur: Azlık, he ne kadar TTK md.360'ta ayrı bir kategori (c) olarak gösterilmekte ise de esasında "özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahipleri" kategorisinde (b) de değerlendirilebilir. *Tekinalp*, temsil edilme hakkının tanındığı zümreler bakımından bir ayrım gözetilmediğini, bu nedenle azlığa tanınan temsil edilme hakkının imtiyaz niteliğinde olduğunu ve genel kurulca esas sözleşmenin değiştirilmesine dair verilen karar eğer imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal edecek nitelikte ise, imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu korumasından yararlanılacağını savunmaktadır[46]. *Kendigelen* ve *Kaya* ise, her ne kadar md.360/2 düzenlemesinde, maddeye göre yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınan payların imtiyazlı sayılacağı belirtilmişse de, azlığa tanınmak istenen temsil edilme hakkının, ancak paya bağlandığı durumda imtiyaz olabileceğini, azlığa verilen temsil edilme hakkının paya bağlanan bir ayrıcalık olmaması nedeniyle, imtiyaz yerine, grup hakkı olarak nitelendirilmesinin daha uygun olacağını ifade etmektedirler[47]. Bu kapsamda, azlığın esas sözleşmede iyi tanımlanması, imtiyazların kullanılmasına ilişkin hükümler açısından büyük bir önem taşımaktadır. Anılan madde gerekçesinde de azlığın belirlenebilmesi için yüzdelerinin anılmasının yeterli olamayabileceği, bunun yerine pay senedi numaraları ve sayılarının ayırt edilebilirlik yönünden daha iyi bir ölçüt olduğu belirtilmektedir[48]. Kanaatimizce, uygulamada daha çok azlık için öngörülen ve hiçbir ayırt edici kriter kullanılmadan pay sahiplerine tanınan yönetim kurulunda temsil edilme (aday önerme) hakkı imtiyaz olarak değerlendirilmemelidir. Zira bu durumda, esas sermayenin söz konusu tutarını

---

45 Bahse konu görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BALTALI, s. 267 vd.

46 **TEKİNALP**, Sermaye Ortaklıkları, s. 231.

47 **KENDİGELEN**, İlk Tespitler, s. 252; KAYA Arslan, "Yürürlüğünün Birinci Yılında 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu", **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Erzincan 2012, C. XVI, S. 3-4, s. 144.

48 **KARASU**, Temsil Edilme Hakkı, s. 35. Bununla birlikte, her ne kadar anılan madde gerekçesinde pay senedi numaraları ve sayılarının ayırt edilebilirlik bakımından bir ölçüt olacağı ifade edilmişse de, doktrinde, bu yolla oluşturulan zümre "belirli pay grubu" olacağı için, gerekçedeki bu yönlendirmenin isabetli olmadığı ifade edilmektedir. (**KIRCA** [Şehirali Çelik / Manavgat], s. 431).

temsil eden payların hangi gruptan oluştuğu belirli değildir[49]. Esasında bu husus, mülga TTK döneminde Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarında da kabul edilmiş, pay grubu belli olmaksızın, sadece belli orandaki paya tanınan bu nitelikteki hakların imtiyaz olmayacağı kabul edilmiştir[50].

IV. PAY SAHİPLERİ SÖZLEŞMELERİ

Pay sahipleri sözleşmeleri hukukumuzda oldukça fazla rağbet gören ve uygulamada sıklıkla karşılaşılan sözleşmelerdir. Pay sahipleri sözleşmelerinin akdedilmesi ile, temel olarak aslen sözleşmeler hukuku ile ticaret hukuku arasında bir bağ yaratılmakta ve sermaye şirketleri içerisinde ortaklar lehine bir kişiselleştirme durumu oluşturulmaktadır[51]. Ticaret hukukunun emredici hükümleri ile sınırları çizilen sermaye şirketlerinin yapıları, sözleşme özgürlüğü prensibine dayanılarak yapılan pay sahipleri sözleşmeleri ile bir çatışma içerisinde bulunmakta ve zaman zaman biri diğerine üstün gelmekte ve sınırlar yeniden belirlenmektedir. Sermaye şirketlerinde temel bir prensip olan ve TTK'nın 480/1. maddesinde "*esas sözleşmeyle pay sahibine, pay bedelini veya payın itibari değerini aşan primi ifa dışında borç yükletilemez*" şeklinde ifadesini bulan "Tek Borç İlkesi", bu çatışmanın ticaret hukuku tarafında önemli bir rol oynamaktadır[52]. Bu bağlamda, tek borç ilkesinin pay sahipleri sözleşmesi alanında uygulama bulmaması nedeniyle, pay bedelini ifa dışında bir yükümlülük şirket esas sözleşmelerine giremeyecek[53], girse bile ortaksal nitelik kazanamayacak birçok hükmün pay sahipleri sözleşmesi içerisinde düzenlenmesi mümkün olacaktır. Nitekim pay sahiplerinin kendi aralarında veya ortaklığa karşı borçlar hukukuna tâbi yükümlülükler üstlenmelerinin önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır[54].

---

49 PULAŞLI Hasan, "Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirkette İmtiyazlı Paylar", **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** Kayseri, 2013, S. 1, s. 4.

50 GÖNEN Eriş, **Anonim Şirketler Hukuku**, Seçkin, Ankara, 1995, s. 614, dn. 12.

51 BİLGE Kerem, **Pay Sahipleri Sözleşmesi Kapsamında Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Kısıtlanması**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2016, s. 1.

52 Madde gerekçesinde, esas sözleşmenin düzenini ortadan kaldıran ve borçlar hukuku çerçevesinde getirilen düzenlemelerin sınırlanmasının amaçlandığı açıkça belirtilmiştir. *Okucu Taftalı*, bu maddenin düzenleniş amaçlarından birinin bu tip pay sahipleri sözleşmelerinin uygulamadaki etkinliğini azaltmak olduğunu, ancak TTK bu tip hakları açıkça yasaklamadığı ve bu haklar şirket paysahipliği yapısına ilişkin uygulamada önemli rol oynadığı için bu paysahipliği haklarının halen kullanıldığına tanıklık edildiğini ifade etmektedir. (**OKUCU TAFTALI**, s. 117).

53 **OKUCU TAFTALI**, s. 117-118.

54 OKUTAN NİLSSON Gül, **Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmeleri**, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, İstanbul, 2003, s. 40-41.

Pay sahipleri sözleşmelerinin şirket esas sözleşmesine yansıtılmalarındaki bir diğer sınır ise, TTK md.340 kapsamında karşılığını bulan emredici hükümler ilkesidir. Nitekim bu hüküm, esasen özel hukuk alanında geçerli bir prensip olan ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ("TBK") md.26 kapsamında ifade edilen "sözleşme özgürlüğü" prensibinin anonim şirketler açısından bir istisnasını oluşturmaktadır. TBK md.27 anlamında belirlenen kesin hükümsüzlük şartlarından biri olan "kanunun emredici hükümlerine aykırılık", esasen TTK md.340 kapsamında belirlenen esas sözleşmeye ilişkin sınırlar ile birlikte düşünülmelidir. Zira TTK md.340 kapsamında düzenlenen hüküm ile, anonim şirketler esas sözleşmeleri kapsamında sözleşme özgürlüğüne bir sınır getirilmekte, maddedeki ifadesi ile, "*Esas sözleşme, bu Kanunun (TTK) anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak Kanunda (TTK) buna açıkça izin verilmişse sapabilir.*" şeklinde emredici bir düzenlemeye tabi tutulmaktadır. Bu anlamda TTK md.340 hükmü ile anonim şirketlerde sözleşme özgürlüğüne önemli bir sınır getirilmiş olup buna göre esas sözleşme, TTK'nın anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak, TTK'da buna açıkça izin verilmişse sapılabilir[55].

Öte yandan yukarıda da ifade edildiği üzere, belirli pay gruplarına, özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine ve azlığa yönetim kurulunda temsil edilme şeklindeki imtiyaz hakkının ancak şirket esas sözleşmesinde öngörülmek şartı ile tesis edilebileceği TTK'da açıkça düzenlenmiştir. Ancak uygulamada pay sahiplerinin veya pay sahibi gruplarının kendi aralarında imzaladıkları sözleşmeler ile birbirlerine birtakım ayrıcalıklar tanıdıkları görülmektedir. Doktrinde, "pay sahipleri sözleşmesi", "centilmenlik sözleşmesi" ya da "hissedarlar anlaşması" olarak da ifade edilen bu tür sözleşmeler, anonim ortaklık pay sahiplerinin tamamının veya bir kısmının pay sahibi olarak kendi aralarındaki hukuki ilişkiyi, kendilerinin ortaklıkla olan ilişkilerinin veya ortaklığın tâbi olmasını arzu ettikleri düzeni belirlemek üzere akdettikleri bir borç sözleşmesi[56] olarak tanımlanmakta-

---

[55] KARASU Rauf, "Emredici Hükümler İlkesinin Kapalı Tip Anonim Şirketler ve Limited Şirketler Açısından Doğurduğu Sorunlar ve Çözüm Önerileri". **Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi**, Ankara, 2015, s. 116 vd.

[56] Pay sahipleri sözleşmesi borçlar hukuku bakımından "borç sözleşmesi" niteliğinde olması nedeniyle, bu tür sözleşmelerin geçerliliği MK ve TBK kapsamında genel hükümlere tâbi olacaktır. TBK kapsamında yanılma, aldatma ve korkutma şeklinde gerçekleşecek irade sakatlığı yaratacak sebeplerin, TBK md.27 kapsamında sözleşmenin kesin hükümsüzlük nedenlerinin varlığı halinde veya MK kapsamında ehliyetsizlik halleri sözleşmenin butlanı sonucunu doğuracaktır.

dır[57]. Pay sahipleri sözleşmesi kanunda öngörülmemiş (sui generis) olup, tamamen sözleşme serbestîsine dayanılarak akdedilen ihtiyari bir sözleşmedir ve emredici hükümlere aykırılık teşkil etmediği sürece hukuken geçerli ve taraflarını bağlayıcı bir özellik arz etmektedir. Bu noktada belirtmek gerekir ki, pay sahipleri arasında akdedilen pay sahipleri sözleşmesine sözleşme konusu anonim şirketin de taraf yapılması, uygulamada oldukça sık karşılaşılan bir husustur. İlgili sözleşmelere anonim şirketin taraf yapılmasının amacı, sözleşmenin uygulanabilirliğinin artırılması ve/veya pay sahiplerinin kendi aralarındaki bazı anlaşmaların ihlali halinde yaptırım uygulayabilmek için ortaklığın araya girmesidir[58].

Her anonim şirket mutlaka bir esas sözleşmeye sahip iken aynı durum pay sahipleri sözleşmesi bakımından geçerli değildir. Başka bir ifade ile esas sözleşmenin varlığı anonim ortaklık için kanuni bir unsur iken pay sahipleri sözleşmesini akdetmek pay sahiplerinin arzusuna bağlıdır. Pay sahipleri sözleşmesi, ne sözleşmeye taraf olmayan anonim şirketi ne organları ne de sözleşmeye taraf olmayan diğer pay sahiplerini bağlar. Dolayısıyla pay sahipleri sözleşmesi çerçevesinde elde edilen haklar, şirketin yapısı veya tüzel kişiliği ile ilgili olmayıp, tamamen pay sahipleri arasındaki iki taraflı veya çok taraflı ilişkileri düzenlemeye yöneliktir. Bu nedenle, ticaret siciline tescil ve ilan edilmiş olsalar dahi, şirketi bağlamaz ve üçüncü kişilere karşı veya üçüncü kişilerce ileri sürülemezler[59]. Bu bağlamda, pay sahipleri sözleşmesi ile bir pay sahibine imtiyaz niteliğinde üstün hak veya ayrıcalık tanınmış olsa dahi, pay sahibi buna dayanarak şirketten hakkını korumasını ve bu sebeple imtiyazlı pay sahipleri genel kurulunun toplanmasını isteyemeyecek, bu yöndeki taleplerini yalnızca pay sahipleri sözleşmesindeki hüküm çerçevesinde taahhütte bulunan ortaklara karşı ileri sürebilecektir. Örneğin esas sözleşmede imtiyazlı pay senetleri yaratılmaksızın pay sahipleri sözleşmesinde kârda imtiyaz tanınmış ise, bu durum, sözleşme tarafı pay sahiplerinin kendi kâr paylarından pay sahipleri sözleşmesinde kârda imtiyaz tanınanlara, imtiyaz ölçüsünde kâr aktarımı yapılmasını kabul etmeleri an-

---

57 **OKUTAN NİLSSON**, s. 4.

58 **OKUTAN NİLSSON**, s. 313.

59 **OKUTAN NİLSSON**, s. 279. Esas sözleşmenin tescili ile tescilin olumlu etkisinden faydalanabilecek hususlar TTK md.354/1'de sayılmıştır. Bu maddede açıkça sayılan hususlar dışında tescilin üçüncü kişilere etkisine ilişkin TTK md.36 hükmü uygulanmayacaktır. Bu madde kapsamında paysahipliği sözleşmelerine ilişkin herhangi bir husus yer almadığından, paysahipliği sözleşmelerinin oybirliği ile olsa dahi esas sözleşmeye alınması durumunda dahi, tescilin olumlu etkisinden faydalanmak söz konusu olamayacaktır. (**OKUCU TAFTALI**, s. 118).

lamına gelir[60]. Ayrıca, şirkete sonradan, pay devri gibi yöntemlerle dâhil olacak üçüncü kişi, payını devraldığı kişinin üstün hakkını veya ayrıcalığını, bu üstün hakkın paya bağlı olmaması sebebiyle, kazanamayacaktır. Dolayısıyla pay sahipleri sözleşmesi ile bir paydaş veya paydaş grubu tarafından diğer bir paydaşa veya paydaş grubuna tanınan üstün haklar, TTK'nın aradığı anlamda bir imtiyaz olarak kabul edilemeyecek ve şirkete karşı da öne sürülemeyecektir.

Bununla birlikte, esas sözleşmede paya veya pay grubuna tanınmış bir imtiyaza yer verilmeksizin, pay sahipleri sözleşmesi ile pay sahiplerine birtakım hakların tanınması "akdi bir hak" niteliğinde olacağından, bir borçlar hukuku sözleşmesi olarak pay sahipleri sözleşmesi de sözleşmelerin yorumuna uygulanan genel kurallara tabi olacaktır. Bu sözleşme taraflar arasında kaldığından, yorumu ve tanınmak istenen üstün hakkın içeriğini tespit de tarafların sözleşmenin kurulmasındaki gerçek iradelerinin belirlenmesine yönelik yorum kurallarına göre gerçekleştirilir. Bu nedenle, tarafların kendilerince bilinen şartlar dâhilinde ve dürüstlük kuralı ışığında sözleşme hükümlerine vermeleri gereken anlam esas alınır[61]. Ayrıca, tüm borçlar hukuku sözleşmeleri gibi pay sahipleri sözleşmesi de kanuna, ahlaka, kişilik haklarına ve kamu düzenine aykırılık ile imkânsızlık kriterleri karşısında geçerlilik denetimine tabidir. Pay sahipleri sözleşmesi anonim şirketi merkez aldığı için geçerlilik denetimi bir yandan TTK hükümleri, bir yandan da anonim şirketlerin temel nitelikleri ve anonim şirketlere hâkim ilkeler dikkate alınarak yapılmalıdır[62].

V. KANUNA KARŞI HİLE MÜESSESİ

1. Genel Olarak

Tarafların; ulaşmayı istedikleri hukukî sonucu engelleyen emredici kanun hükmünü sözleşmenin içeriği ile doğrudan ihlâl etmeksizin ve başka kanun hükümlerinin yardımıyla caiz gözüken bir hukukî işlem yaparak emredici hükmün engellediği hukukî sonuca ulaşmaya çalışmaları "kanunun dolanılması" veya "kanuna karşı hile" kavramı ile ifade edilmektedir[63]. Ka-

---

60 **OKUTAN NİLSSON**, s. 322.

61 **OKUTAN NİLSSON**, s. 104.

62 **OKUTAN NİLSSON**, s. 115.

63 Kanunun dolanılması kurumu, Türk öğretisinde sıklıkla "*kanuna karşı hile*" kavramı ile ifade edilmektedir. Doktrindeki benzer tanımlamalar ve ayrıntılı bilgi için bkz. KAŞAK Fahri Erdem, **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık,** Oniki Levha, Ankara 2019, dp. 932-933, s. 347.

nunun dolanılması, gerçek anlamda kanunun dolanılması ve gerçek olmayan anlamda kanunun dolanılması olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Gerçek anlamda kanunun dolanılmasından söz edebilmek için emredici bir kanun hükmü, belirli bir hukukî işlemin yapılmasını yasaklamalı, taraflar kanunun -şeklen- izin verdiği meşru ve geçerli bir işlem yapmalı, ancak söz konusu -şeklen- caiz işlem emredici hükmün anlam ve amacına aykırı olmalıdır[64]. Gerçek olmayan anlamda kanunun dolanılmasında taraflar, yapmak istedikleri hukukî işlemi kısmen veya tamamen muvazaalı bir hukukî işlemin altına saklarlar ve bu durum esasen muvazaa teşkil ettiğinden TBK md.19 hükmünün kapsamına girer[65].

Doktrinde genel kabul gören görüşe göre herhangi bir kanun belli bir hususu, bir hukuki veya ekonomik sonucu emredici bir kuralla yasaklamışsa, aynı sonuca kanunun metnine uygun başka bir yoldan giderek ulaşmak "*kanuna karşı hile*" niteliğinde sayılmaktadır[66]. Yani, eğer bir fiil görünürde kanunun lafzına aykırı olmamakla beraber esas bakımından kanunun emrine, gerçek manasına (ruhuna) aykırı olan bir hususu içinde bulundurursa, ortada kanuna karşı hile vardır[67]. Bu bağlamda kanuna karşı hilenin genel olarak "*gerçek ve tamamen meşru bir hukuki fiil veya işlem*" ve "*bu işlem ile belirli bir âmir hükmün gayesinden kaçıp kurtulma olgusu*" olmak üzere iki unsuru bulunmaktadır[68]. Birinci unsur, kanuna karşı hile teşkil eden işlemin, kanuna karşı hile müessesesine başvurmadan hiçbir hukuk kuralı ile tespit edilemeyeceğini gösterir. Kanuna karşı hilenin varlığı ise yapılan işlemin herhangi bir âmir hükmü etkisiz hale getirip getirmediğine bağlıdır. Bu durum doktrinde şu şekilde ifade edilmektedir[69]: "*... Şu halde nerede meşru muamelelerle herhangi bir âmir hükmün tamamen tesirsiz kaldığını müşahede edersek orada bir kanuna hile hali aramamız lazımdır.*" İkinci unsur ise dikkat edilecek olursa, işlem ile belirli bir âmir hükmün gayesinden kaçıp kurtulma olgusu olarak ifade edilmiştir. Yani, meşru bir işlem ile öyle bir durum yaratılmıştır ki, kanuna karşı hile yapan kişi sanki dolanmak istediği âmir hüküm

---

64 EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** 18. B., Yetkin, Ankara 2015, s. 373; AKYOL Şener, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler I**, Filiz, İstanbul 1995, s. 147; **KAŞAK**, s. 349.

65 **KAŞAK**, s. 350.

66 REİSOĞLU Safa, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Beta, İstanbul, 2013, s. 118; **EREN**, s. 323.

67 TOPÇUOĞLU Hamide, **Kanuna Karşı Hile**, İzmit 1950, s. 188.

68 **TOPÇUOĞLU**, s. 249.

69 **TOPÇUOĞLU**, s. 249.

hiç yokmuş gibi hareket etme imkânı kazanmıştır. Kısaca kanuna karşı hile yapan kişi kendi hesabına bu âmir hükmü ilga etmiş gibidir[70].

Bu anlamda, memurların ticaret yapma yasakları aleyhine yapılan hileler kanuna karşı hilenin belli başlı örneklerindendir. Yine, işletmeleri için belirli bir ruhsatnamenin alınması şart olan mesleklerde bu ruhsatname ancak belirli şartları haiz olan kimselere verilebilir. Bu şartı haiz olmayan bir kişinin bu şartı haiz olan bir kişiyle anlaşarak kendi hesabına işleteceği işletmeyi bu kişiye hâsılat kirası şeklinde kiralaması halinde kiralayan kişi ruhsatnameye sahip olmadığı halde bütün iktisadi menfaatleri kendisine temin etmiş olacaktır. Bu anlamda, görünürdeki işlemler her ne kadar kanuna uygun olsa da ortaya çıkan sonuç kanunun amacına aykırılık teşkil edeceğinden; bu durumda kanuna karşı hile müessesesinin varlığı açıktır[71].

Kanuna karşı hile, her türlü delil ile ispat edilebilir. Zira bu durum kanuna karşı hile yapan kişinin saikinin araştırılması demektir ve bunun için yazılı delil şart değildir. Esasen kanuna karşı hilede araştırılacak husus, tarafların veya bir tek şahsın belirli bir işlemi hangi kanundan kaçma saiki ile yaptığı veya neticede bu işlemin amir bir hükümden kaçmaya sebep olup olmadığı hususudur ki saiklerin tahliline ve kanun metinlerinin amaçsal yorumuna ilişkin olan bu araştırma için yazılı delilin şart koşulamayacağı doğaldır[72]. Bu açıdan, kanuna karşı hilenin var olup olmadığının her somut olayın özelliklerine göre yetkili merci tarafından takdir edilmesi gereken bir husus olduğunu söyleyebiliriz.

Ayrıca, "kanuna karşı hile"de gizlilik zorunlu bir unsur olmayıp, kanuna karşı hile yapan, yaptığı işlemin geçerli ve meşru olduğunu açıkça iddia edebilir. Başka bir ifade ile gerçek anlamda kanuna karşı hilede taraflar, yaptıkları hukukî işlemin sonucunu tamamen ciddi bir biçimde isterler[73]. Bu itibarla, kanuna karşı hilede saklanan husus gizli bir irade anlaşması veya bir muvazaa gibi objektif bir durum değil, kanuna karşı hileye başvuran kişiyi bu işlemi yapmaya sevk eden sübjektif bir durumdur[74].

---

70 **TOPÇUOĞLU**, s. 249.

71 **TOPÇUOĞLU**, s. 93-94.

72 **TOPÇUOĞLU**, s. 216.

73 **REİSOĞLU**, Borçlar, s. 135.

74 **TOPÇUOĞLU**, s. 213.

Emredici hükümlere aykırılık hâlleri[75] arasında sayılan[76] kanuna karşı hileye bağlanan sonuç, yani kanunu dolanan sözleşmenin veya işlemin akıbeti kanunda özel olarak düzenlenmiş olabilir. Kanunda özel bir düzenleme yoksa kanunu dolanma haline hangi yaptırımın uygulanacağı tartışmalıdır. Doktrinde dolanılmak istenen, yani tarafların hukukî ilişkiye uygulanmamasını amaçladıkları emredici kanun hükmü yorumlanarak hükmün anlam ve amacı çerçevesinde kanunun dolanılmasının kıyasen TBK m.27 kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir[77]. Çözümlerden biri, dolanılan hükmün ruhuna ve amacına uygun bir yaptırım bulmaktır[78]. Doktrinde bir görüş ise, kanuna karşı hilenin yaptırımının dolanlı (hileli) olarak yapılan ve kanun tarafından yasaklanan işlemin tâbi olduğu müeyyide olduğunu belirtmektedir[79]. Bu bakımdan kanunun dolanılması, tıpkı dolanılan emredici hüküm ihlâl edilmiş gibi hüküm ve sonuç doğurmaktadır[80]. Diğer bir çözüm yolu da, kanuna karşı hileyi kanuna aykırılık sayarak yokluk yaptırımına tabi tutmak olarak ifade edilmiştir[81]. Ancak, gerek böyle bir nitelendirmenin (ka-

---

75 *Akyol,* emredici hükümlere (hukuka) aykırılığın; sözleşmenin konusu, sözleşmenin kararlaştırılan içerikle akdedilmesi ve sözleşme taraflarının dolaylı amacı olmak üzere üç şekilde gerçekleşebileceği belirtilmektedir. (**AKYOL,** s. 142).

76 **EREN**, s. 323; **AKYOL**, s. 146 vd.

77 **KAŞAK**, s. 352.

78 TEKİNAY Selahattin Sulhi / AKMAN Sermet / BURCUOĞLU Haluk / ALTOP Atilla, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 1993, s. 424.

79 **EREN**, s. 373; **TEKİNAY** [Akman/ Burcuoğlu/ Altop], s. 424.

80 **KAŞAK**, s. 351.

81 OĞUZMAN Kemal / ÖZ Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C-1, Vedat, İstanbul, 2020, s. 87. KAŞAK, "Kurulabilmesi Bir Makamdan İzin Alınmasına Bağlı Sözleşmeler"i, emredici hükümlerle bağlantılı diğer kurumlar arasında değerlendirmekte ve özellikle İsviçre hukuku kapsamında, yabancıların taşınmaz malı alımı için zorunlu olan izin alma şartını örnek olarak göstermektedir (**KAŞAK**, s. 343-344) "*... BewG (Art.26) düzenlemesine göre yabancıların İsviçre'de taşınmaz mal iktisap edebilmesi için öncelikle izin alma yükümlülüğü söz konusudur. Anılan düzenleme çerçevesinde gerekli izin alınmaksızın sözleşmenin kurulması hâlinde sözleşmenin, Art.20/I OR hükmü anlamında hukuka aykırı olmayacağı, zira iznin sözleşmenin içeriğine yönelik olmaması sebebiyle bir içerik sakatlığının (Inhaltsmangel) söz konusu olmadığı belirtilmektedir.* ***Bununla birlikte izin alınmasını gerekli kılan kanun hükmünün emredici nitelikte olduğu belirtilmekle sözleşmenin hükümsüz olacağı kabul görmektedir. Hükümsüzlüğün türü bakımından ise iznin alınmadığı müddetçe sözleşmenin erteleyici şarta bağlı olarak değerlendirilmesi gerektiği ve sözleşmenin askıda hükümsüz (schwebend unwirksam) olduğu kabul edilmektedir. Bununla birlikte izin sonradan alınabilirse hukukî işlem en baştan itibaren (ex tunc) geçerli olur, alınamaz ise de en baştan itibaren batıl olur.*** *...*" Bu kapsamda, BankK'nın emredici hükmü gereği Kurul izni almak zorunlu olduğu halde, pay sahipleri sözleşmesi ile bu zorunluluğun bertaraf edilmesi durumunda da butlan (kesin hükümsüzlük) yaptırımın uygulanması gerektiği ileri sürülebilir. Bu noktada, TTK'nın "Emredici hükümler" başlıklı 340'ncı maddesi hükmüne aykırılığın yaptırımına iliş-

nuna karşı hile) gerekse bu nitelendirmeye bağlanabilecek hukuki sonuçların doktrinde veya yargı kararlarında yeterince tartışılmamış olması karşısında, kanuna karşı hile esasından hareketle atılabilecek adımların olası sonuçları tarafımızca kesin bir şekilde öngörülememekte olup, her somut olay bazında korunan menfaatler de dikkate alınarak bir değerlendirme yapılmasının daha uygun olabileceği düşünülmektedir. Bununla birlikte, konunun yargıya taşınması durumunda, hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığına karar verecek olan hâkimin bu konudaki takdir hakkının önem arz edeceği de açıktır[82]. Özetle, öğretide Kaşak'ın da ifade ettiği ve tarafımızca da katılınan görüşe göre kanuna karşı hilede, kesin hükümsüzlük yaptırımı yerine, tarafların dolanmak istediği emredici hükmün yaptırımı belirlenmeli ve tarafların etrafından dolanmak istediği emredici hüküm, tarafların saptığı ikincil yola doğrudan uygulanmalıdır.

2. Bankalarda Pay Sahipleri Sözleşmesi ve Kanuna Karşı Hile

Bankalar için getirilen banka yönetiminde söz sahibi olacak kişileri değerlendirme ve izin uygulamasının korumak istediği kamusal menfaat dışında, kendi ticari menfaatini tesis ve devam ettirmek gayesi ile hareket edecek olan kişilerin, kendilerine uygun yöntem ve yollar arayışında olmaları doğaldır. Bu anlam-

---

kin Türk hukukundaki hakim görüşten (**TEKİNALP** [Poroy/Çamoğlu], C. I, s. 594 vd; PULAŞLI Hasan, **Şirketler Hukuku Şerhi**, C. I, 2. B., Adalet, Ankara 2014, s. 619) bahsetmek yerinde olacaktır. Buna göre, anonim şirketlere ilişkin emredici hükümlere aykırılığın nasıl bir sonuç doğurduğunu değerlendirirken, TTK'nın genel kurul kararlarının hükümsüzlüğünü düzenleyen 445 ve 447. maddelerinin dikkate alınması gerekmekte, **bu nedenle anonim şirketlere ilişkin her emredici hükme aykırılığın butlan sonucunu doğurmayacağı, ihlâl edilen hükmün niteliğine göre iptal edilebilirlik, butlan veya yokluk yaptırımının söz konusu olabileceği ileri sürülmektedir.** Hakim görüşün aksine *Şehirali Çelik* ise, "*TTK'nın 340. maddesinin amacının aksi açıkça kabul edilmediği sürece anonim şirketlere ilişkin bütün hükümlerin emredici kabul edilmesi suretiyle, başta yatırımcılar ve alacaklılar olmak üzere şirketle ilişki içinde bulunan farklı grupların menfaatlerinin korunması olduğunu, düzenlemenin, uygulama alanının sınırlarının mümkün olduğunca net bir şekilde çizilebilmesini amaçladığını, konuya bu açıdan bakıldığında da,* ***esasen bu amaca fiilen ulaşılabilmesinin ancak hükmün yaptırımının butlan olarak kabul edilmesi halinde mümkün olabileceğini***" ifade etmektedir. (**KIRCA** [Şehirali Çelik/ Manavgat], s. 173).

[82] Kanunun dolanılması veya kanuna karşı hilenin varlığı konusunda her somut olay özelinde bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Örneğin, bankanın halka açık olması nedeniyle imtiyaz yaratmanın önemli işlem sayılması veya imtiyaz yaratmanın önemli işlem sayılması nedeniyle SPK mevzuatı gereğince ayrılma hakkı doğuyor ise ve BDDK Kurul izninden değil de bu ve/veya benzeri bir takım mali sonuçlardan kaçınmak amacıyla bir pay sahipleri sözleşmesi düzenlenmiş ise bu durumun ayrıca değerlendirilmesi uygun olacaktır. Kanaatimizce böyle bir durumunda taraflar kanunu dolanma kast ve niyeti ile hareket etmediklerinden kanunun dolanılmasından bahsedilemeyecek ve taraflar arasındaki pay sahipleri anlaşması geçerliliğini koruyacaktır.

da örneğin bir banka yönetiminde söz sahibi olmak isteyen ancak müflis olması sebebiyle BankK'nın koyduğu engel ile karşılaşan veya hâlihazırda yönetim kuruluna üye belirleme imtiyazı veren bir paya sahip olmakla birlikte, hakkında verilecek bir mahkûmiyet kararı sonrasında bu payları elinden çıkarmak zorunda kalacağının farkında olan bir kişi, söz konusu yönetim gücünü edinmek veya muhafaza etmek maksadı ile farklı bir seçenek arayışına girebilecektir.

Aslında BankK'ya göre şartları taşımadığı için yönetim kuruluna üye belirleme hakkı veren payları edinemeyecek olan veya gerekli şartları taşısa bile süratle hareket etmek isteyen bir kişi, söz konusu hakka, hisse oranı veya imtiyaz hakkı sebebiyle sahip olan diğer bir banka ortağı ile bir pay sahipleri sözleşmesi yapmak suretiyle ulaşabilecektir. Bu tür, sözleşme serbestîsine dayanılarak pay sahipleri arasında akdedilen, sadece tarafları bağlayan ve bankaya karşı bir hüküm ifade etmeyen bir sözleşme, TTK'ya göre imtiyazlı pay anlamına gelmediğinden ve dolayısıyla BankK'ya göre de izne tâbi bir işlem olarak görülemeyeceğinden, sözleşmenin tesisi için BankK kapsamında imtiyazlı pay tesis veya devri için getirilen şartlar da aranmayacaktır. Nitekim BankK'da bankaların yönetim kuruluna üye belirleme imtiyazı veren payların tesisi, devri veya yeni imtiyazlı pay ihracı izne tâbi kılınmış olmakla birlikte, bazı paydaşlar için benzer sonuç doğuracak şekilde bir pay sahipleri sözleşmesi yapılmasından veya bir paydaşın diğerine bu tür haklar tanıyacağını düzenleyen hükümlerin banka esas sözleşmesine konulmasından bahsedilmemiştir. Dolayısıyla banka yönetim kuruluna üye belirleme (temsil edilme hakkı veya aday önerme hakkı) imkânı verecek şekilde bir paydaş ile pay sahipleri sözleşmesi imzalanmasında Kurul izni aranmayacak ve bu tür bir sözleşme de hukuka uygun şekilde kurulup sonuç doğurabilecektir. Böylece sözleşmenin tarafları, "*gerçek ve tamamen meşru bir hukuki fiil veya işlem olan*" pay sahipleri sözleşmesi ile BankK'nın "*âmir hükmünün gayesinden kaçıp kurtulmuş*" ve Kurul'dan izin almak zorunluluğunu bertaraf ederek istedikleri sonuca ulaşmış olmaktadır. Nitekim netice itibariyle, banka yönetim kuruluna üye belirleme hakkı veren paylara sahip olan ve BankK'nın aradığı şartları taşıyan bir paydaş, bu şartları taşımayan diğer bir ortak ile, sahip olduğu bu yönetim gücünün bir kısmını kullandırmak üzere bir anlaşma yapmış ve bu hususta Kurul iznini almak zorunluluğundan kaçınmış olmaktadır. Kurul ise, banka yönetiminde BankK'nın aradığı şartlar dahilinde söz sahibi olan bir paydaşın bu gücünü şartları taşımayan bir başka paydaş ile paylaşması hususunda müdahalede bulunmak imkânını kaçırmış ve denetim yetkisini kullanamamış olmaktadır.

Pay sahipleri sözleşmeleri ile banka ortaklarına tanınan, banka yönetim kurulunda temsil edilmeye ilişkin bazı ayrıcalıkların imtiyaz olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğinin daha rahat anlaşılabilmesi amacıyla aşağıda birtakım örneklere yer verilmektedir:

Yukarıda (III. Bölümde) ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, bir imtiyaz yaratılabilmesi için esas sözleşmede bu hususun açık bir şekilde belirlenmiş veyahut da esas sözleşmenin bu yönde değiştirilmiş olması gerekmektedir. Bu hususun altını önemle çizmekle birlikte uygulamada, esas sözleşmede böyle bir hükme yer vermek yerine pay sahipleri sözleşmesine bu yönde, yani teknik anlamda "imtiyaz" olmamakla birlikte, BankK'nın izin prosedürüne takılmamak adına adeta imtiyaz işlevi gören üstün hak ve ayrıcalıklar içeren birtakım hükümler konulduğu görülmektedir. Varsayımsal bir örnek verelim: Bir bankada %60 paya sahip olan X kişisinin "çoğunluk hissedar"; %20 paya sahip olan ve "soyadı Eren" olanların da "mevcut hissedar" olarak nitelendirildiği bir ortaklık yapısında, çoğunluk hissedarın (X kişisinin) yönetim kuruluna 5 üye aday gösterme hakkına sahip olduğu ve mevcut hissedarlar tarafından aday gösterilen 2 üyenin de yönetim kuruluna atanmasını sağlayacak şekilde oy kullanılacağına yönelik bir hüküm içeren pay sahipleri sözleşmesi nasıl değerlendirilmelidir? Dikkat edilecek olursa, bu örnekte doğrudan ortaklara bir takım hak ve yükümlülükler tanınmaktadır. Başka bir anlatımla bahse konu pay sahipleri sözleşmesi ile bir pay grubuna, nitelik veya özellikleri gereği bir grup oluşturan pay sahiplerine veya azlığa değil, doğrudan X kişisine (çoğunluk hissedara) ve soyadı Eren olan kişilere (mevcut hissedara) yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınarak esasında imtiyaz olmamakla birlikte imtiyaza benzer üstün bir hak veya ayrıcalık sağlanması amaçlanmaktadır. Dolayısıyla, ortada teknik anlamda, daha doğrusu TTK anlamında "yönetim kurulunda temsil edilme hakkı" gibi bir "imtiyaz" söz konusu olmadığı için BDDK Kurul iznini gerektiren bir durum da söz konusu değildir. Nitekim bu örnekte tarif edilen "ayrıcalık" ancak sözleşmesel nitelikte bir hak teşkil ettiğinden ve pay sahipleri sözleşmesinde değil de, esas sözleşmede düzenlenmiş dahi olsa, doğrudan ortaklara yani "kişilere" tanınması nedeniyle teknik anlamda bir "imtiyaz" sayılamayacağından, sadece pay sahipleri sözleşmesine taraf olan mevcut ve çoğunluk hissedarı bağlamakta, bu anlamda şirketi daha doğrusu banka tüzel kişiliğini bağlamamaktadır.

Buna karşın, çoğunluk hissedara (X kişisine) A grubu pay senedi; mevcut hissedarlara da (soyadı Eren olan kişilere) B grubu pay senedi verilmiş

olduğunu ve bu tür pay senetlerine (A ve B grubu) sahip olanların sözleşme serbestisi ilkesine uygun olarak ve kendi serbest iradeleri ile aralarında bir oy sözleşmesi yaptıklarını ve bu durumu da pay sahipleri sözleşmesine "*A grubu paya sahip olanlar, B grubu paya sahip olanlar tarafından aday gösterilen 2 üyenin yönetim kuruluna atanmasını sağlayacak şekilde oy kullanacaktır.*" şeklindeki bir hüküm ile dercettiklerini düşünelim. Hatta bahse konu pay sahipleri sözleşmesinde ayrıca, "*İşbu sözleşmede yer alan hiçbir hüküm imtiyaz tanıma amacı taşımamaktadır ve hiçbir hüküm imtiyaz tanındığı şeklinde yorumlanmayacaktır.*" şeklinde bir hükme de yer verildiğini düşünelim. Böyle bir durumda yapılacak yorum yukarıda yapılandan farklı olacaktır. Kanaatimizce, bu tür hükümler içeren pay sahipleri sözleşmeleri kanuna karşı hile teşkil edebilecektir. Zira bu durumda banka pay sahipleri arasında, yönetim kuruluna üye belirleme imtiyazı (aday önerme hakkı veya temsil edilme hakkı) veren **pay grubuna** sahip olan kişilerin göstereceği adayların seçimine ilişkin bir pay sahipleri sözleşmesi yapılmıştır. Her ne kadar teknik anlamda, daha doğrusu TTK anlamında bir imtiyazdan bahsedebilmek için esas sözleşmede bu yönde bir hükme yer verilmiş olması zorunlu ise de, başka bir ifade ile pay sahipleri sözleşmesinde yer alan bu yöndeki hükümler, teknik anlamda "imtiyaz" olarak değerlendirilemez ise de, *imtiyaza benzer bir üstün hak veya ayrıcalık sağlanması amaçlandığı için*, Kurum uygun görüşü ve Kurul izin prosedürüne takılmamak amacıyla pay sahipleri sözleşmesi düzenlenmiş olma ihtimali oldukça yüksektir. İşte bu nitelikteki pay sahipleri sözleşmelerinde yer alan hükümler bakımından kanuna karşı hilenin varlığının tartışılması uygun olacaktır. Kanaatimizce bahse konu somut örnek özelinde, kanuna karşı hilenin varlığı kabul edilerek BankK md.18'deki izin prosedürü ve anılan düzenlemeye aykırılığa ilişkin yaptırımın uygulanması yerinde olacaktır. Bu açıklamalar ışığında, pay sahipleri sözleşmesi ile tanınan bu tür haklar her ne kadar sözleşmesel nitelikte ise de ve bunların ihlali durumunda ancak taraflar arasında sözleşmesel yaptırımlar gündeme gelebilecek ise de, her iki tarafın da gerçek amacının kanunun dolanılması olduğu sonuç ve kanaatine varılması durumunda bahse konu pay sahipleri sözleşmesi ile imtiyaza benzer bir üstün hak ve ayrıcalık yaratılması nedeniyle BankK'nın izne tabi tuttuğu **imtiyaz tesisine** ilişkin izin prosedürünün işletilmesi uygun olacaktır. Kurul'un alacağı bu yöndeki bir karar yargısal denetimine açık olduğundan, mahkeme tarafından yapılacak yargılama neticesinde kanuna karşı hilenin var olup olmadığı kesin olarak ortaya çıkabilecektir. Esasında burada ifade etmeye çalıştığımız husus, BankK'da bu yönde açık bir hüküm bulunmaması nedeni ile Kurul'un lafzı

yorum yapmaması, aksine kanuna karşı hilenin varlığı yönünde ciddi şüphe olduğu sonucuna varılması durumunda, amaçsal yorum yapmak suretiyle izin prosedürüne aykırı olarak yapılan işlemlere ilişkin yaptırımın uygulamasının gerekmekte olduğunu vurgulamaktır.

Bu noktada belirtmek isteriz ki yukarıda verilen örnek olayın ancak ortaklar arasında çok ciddi bir anlaşmazlığa düşülmesi veya bir çıkar çatışmasının varlığı halinde ve sadece taraflardan birinin veya üçüncü bir kişinin bu durumu BDDK'ya şikâyet veya ihbar etmesi üzerine ortaya çıkacağı unutulmamalıdır. Ancak uygulamada bankalar, daha doğrusu banka ortakları genellikle iyiniyetle hareket etmekte ve bir pay sahipleri sözleşmesi akdedilmeden önce bu hususun Kurul iznini gerektirip gerektirmediği hususunda BDDK'ya yazılı görüş sormaktadırlar. Zaten, yukarıda da ifade edildiği üzere kanuna karşı hilede saklanan husus gizli bir irade anlaşması veya bir muvazaa gibi objektif bir durum değil, kanuna karşı hileye başvuran kişiyi bu işlemi yapmaya sevk eden sübjektif bir durumdur. Başka bir anlatımla taraflar yaptıkları işlemin tamamen hukuka uygun olduğunu düşündüklerinden, bu işlemin sonucunu gerçekten istemektedirler ve açık ve net bir şekilde resmi makamlara da başvurmaktan kaçınmazlar.

Öte yandan BankK md.18 hükmü oldukça net olup, Kurul iznini gerektiren haller anılan maddede açık bir şekilde sayıldığından, bu hallerden birisi mevcut değilse Kurul iznine gerek bulunmadığı yönünde bir uygulamanın yerleştiği görülmektedir. Kaldı ki, imtiyaz tesis edilmeksizin, yönetim kuruluna üye belirleme hakkı içeren pay sahipleri sözleşmeleri, ticaret siciline tescil edilmiş olsa dahi bu sözleşmelerin sadece sözleşmenin tarafları arasında bağlayıcılığı olan sözleşmeler olduğu, verilen taahhüdün yerine getirilmemesi durumunda zarara uğrayan tarafın ne banka tüzel kişiliğine ne de BDDK'ya başvurmasının sonucu değiştirmeyeceği açıktır. Zira ortaklar bu sözleşme ilişkisi içerisine sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde kendi özgür iradeleri ile kendileri girmiştir. Bu anlamda mağdur olan ortağın sadece, eğer pay sahipleri sözleşmesinde verilen taahhüdün yerine getirilmemesi nedeniyle bir cezai şart öngörülmüşse o cezai şartın yerine getirilmesini veya sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanan yasal tazminat hakkını istemekten başka bir seçeneği de bulunmamaktadır. Ancak kanaatimizce, BDDK tarafından yapılan incelemede bahse konu imtiyaza benzeyen üstün hak veya ayrıcalığın (yönetim kurulunda temsil edilme hakkı) belirli pay gruplarına, özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine veya azlığa tanınıp tanınmadığı değerlendirilerek bir karar verilmesi uygun olacaktır.

Başka bir varsayımda, bankada sahip olunan imtiyazlı/nitelikli paylar devredilmeksizin, başkasının talimatı yönünde yönetim kuruluna üye belirlenmesi veya başkasının talimatı yönünde oy kullanılmasına yönelik hükümler içeren bir pay sahipleri sözleşmesinde, bu tür hükümlerin de ayrıca ve dikkatle değerlendirilmesi uygun olacaktır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, bu yöndeki hükümlere, TTK md.480 hükmü karşısında tek borç ilkesine aykırılık teşkil edeceğinden banka esas sözleşmesinde yer verilmesi ihtimali oldukça düşük ise de, hukuken imkansız da değildir. Nitekim bu yönde bir hüküm içeren esas sözleşme hükümleri gerçek manada esas sözleşme hükmü olamasa da, ilgili pay sahiplerini bağlayan bir esas sözleşme hükmü olabilir. İşte böyle bir durumda BDDK'dan BankK md.16 gereği uygun görüş alınması zorunludur. BDDK ise bankayı arka planda kimin yönettiğini bilmeden uygunluk görüşü vermeyecektir, başka bir ifade ile BDDK'nın başkasının talimatı ile hareket eden bir yönetim yapısına izin vermesi beklenemez. Bu durumda, pay sahipleri için geriye tek bir seçenek kalmaktadır o da, bu yöndeki hükümlerin pay sahipleri sözleşmesi ile uygulanmasıdır. Her halükarda, BDDK tarafından yapılacak değerlendirme değişmemelidir: Eğer pay sahipleri sözleşmesinde yer alan ve adeta imtiyaz işlevi gören bu tür üstün hak veya ayrıcalıklar (3. kişinin talimatı yönünde oy kullanılması veya YK'ya üye belirlenmesi) paya değil de, bir kişiye tanınmış ise ortada TTK anlamında imtiyazdan bahsedilemeyeceğinden BankK'daki izin prosedürünün işletilmesine gerek bulunmamaktadır. Ancak bu tür ayrıcalıkların pay sahipleri sözleşmesi ile belirli pay gruplarına, özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine veya azlığa tanınması söz konusu ise bu durumda, her ne kadar imtiyaz sadece esas sözleşme ile tanınabilecek ise de, imtiyaza benzer üstün bir hak veya ayrıcalık oluşturmak amacıyla hareket edilmesi söz konusu olduğundan kanuna karşı hilenin varlığının tartışılması ve buna göre de BankK'daki izin prosedürünün işletilmesi uygun olacaktır.

Bu çerçevede özetle, bankalarda yönetim kuruluna üye belirleme imtiyazı veren payların **tesisi**, devri veya yeni imtiyazlı pay ihracı bakımından, banka esas sözleşmesinde gerçek anlamda imtiyaz yaratacak bir hükme yer verilmeden, fakat paydaşlar arasında hak paylaşımına yol açan hükümlerin banka esas sözleşmesine konulması yoluyla veya pay sahipleri sözleşmesi yapmak suretiyle bir "pay grubuna", "nitelik ve özellikleri ile bir grup oluşturan pay sahiplerine" veya "azınlığa" - *teknik anlamda "imtiyaz" olmamakla birlikte* - bu nitelikte haklar tanınmasının amaçlandığı ve herhangi bir sebeple Kurul izni almak zorunluluğundan kurtulmak saiki ile hareket edil-

diği düşünülüyorsa, bu durumda "kanuna karşı hile" müessesesinin varlığından söz edilebilecektir. Ancak bu yönde yapılacak bir tespit üzerine alınabilecek hukuki tedbirlerin veya yaptırımların neler olacağı ise BankK'da veya TTK'da düzenlenmemiştir.

Kanaatimizce "kanuna karşı hile"ye ilişkin "kesin hükümsüzlük" gibi genel bir yaptırım türü belirlemek ve uygulamak güçtür. Nitekim ortaklar arasındaki bu tür taahhütler sadece pay sahipleri sözleşmesine imza atanlarca bilindiğinden, başka bir ifade ile bu tür sözleşmeler "gizli" olduğundan, kanuna karşı hilenin varlığını ispat etmek neredeyse imkansızdır. Bu durum, yukarıda da ifade edildiği üzere, ancak ortaklar arasında çok ciddi bir anlaşmazlığa düşülmesi veya çıkar çatışmasının ortaya çıkmasına bağlı olup, ancak bu halde BDDK'ya şikâyet veya ihbar yapılması halinde BDDK ilgili bankadan bilgi ve belge talep edip, BankK md.18 prosedürünü işletebilir. İşte bu süreç sonunda Kurul, pay sahipleri sözleşmesinde yer alan hükümlerin kanuna karşı hile amacıyla düzenlendiği kanaatine varırsa, ortaklık hakkının TMSF tarafından kullanılmasına karar verilebileceği kanaatindeyiz. BankK'da bu konuda açık bir düzenlememe bulunmamakla birlikte, bir yorum yapabilmek için kanunun genel amacını belirleyen BankK md.1 ile BankK md.18'de yer alan "*izin alınmadan yapılan pay devirleri pay defterine kaydolunmaz. Bu hükme aykırı olarak pay defterine yapılan kayıtlar hükümsüzdür."* şeklindeki hüküm ve yine anılan maddede düzenlenen "*Nitelikli paya sahip olan ortakların kuruculardа aranan nitelikleri taşıması şarttır. Kuruculardа aranan nitelikleri kaybeden nitelikli paya sahip ortaklar temettü dışındaki ortaklık haklarından yararlanamaz. Bu halde, diğer ortaklık hakları Kurumun bildirimi üzerine Fon tarafından kullanılır. Bu ortaklar sermayedeki doğrudan ve dolaylı payları yüzde onun altına düşene kadar rüçhan haklarını kullanamazlar.*" şeklindeki hükümler birlikte değerlendirilmelidir. Buna göre bir pay grubu tarafından, başka bir pay grubu lehine Kurul izni alınmaksızın, yönetim kuruluna üye belirleme imtiyazı tesis edilmesi saiki ile pay sahipleri sözleşmesi düzenlenmesi durumunda, Kurul izni alınmadan yapılan işlem hükümsüz sayılacak ve temettü hariç tüm ortaklık hakları TMSF tarafından kullanılacaktır. Hemen bu noktada belirtmek isteriz ki, bahse konu hükümsüz işlemin her iki tarafının da "birlikte" kanunu dolanma amacı ile hareket ettikleri dikkate alınarak, pay sahipleri sözleşmesinde sadece aday gösterme hakkı elde eden veya oy hakkını bu yönde kullanan pay grubu için değil, her iki pay grubu için de kâr payı alma dışındaki tüm diğer ortaklık haklarının TMSF tarafından kullanılması yaptırımının uygulanması kanaatimizce yerinde olacaktır.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Hukukumuzda pay sahipleri sözleşmelerine ilişkin esasında oldukça yaygın bir kullanım alanı olmasına karşın, doktrinde bu sözleşmelere ilişkin yapılan çalışmaların sayısal azlığı bir tarafa mevzuatımızda da bu sözleşmelere ilişkin herhangi bir kanuni düzenleme bulunmamaktadır. Pay sahipleri sözleşmelerinin TTK md.340'ta düzenlenen emredici hükümlere ilişkin düzenleme nedeniyle taraflarının istek ve iradelerine bağlı olarak esas sözleşmeye yazamadıkları/ekleyemedikleri bir takım özel durumları *(örneğin, yönetim kuruluna seçilecek olan kişileri belirleme, oy sözleşmeleri, pay devir kısıtlamaları, sadakat yükümü ve rekabet yasağı, mali haklar ve borçlar yükleyen hükümler)* özgürce düzenleyip, dilediklerinde değiştirebilmelerine imkân tanıması ve dolayısıyla farklı pay sahipleri sözleşmeleri içerisinde birbirinden farklı oldukça fazla hüküm barındırma olasılığı göz önüne alındığında, yasa koyucunun pay sahipleri sözleşmelerine ilişkin bir düzenleme yapmasının zorlukları da ortadadır.

Öte yandan, bir pay sahipleri sözleşmesinin kanuna karşı hile maksadını güttüğü ve BankK'nın banka yönetim kuruluna üye belirleme imtiyazı veren payların tesisi, devri veya yeni imtiyazlı pay ihracını izne tâbi tutan âmir hükmünün dolanıldığı kabul edilse dahi, BankK bu tür bir dolanma haline sonuç veya yaptırım bağlamış değildir. Bu durumda kanuna karşı hileyi kanuna aykırılık sayarak butlan yaptırımına tâbi tutmak ve pay sahipleri sözleşmesini geçersiz saymak veya pay sahipleri sözleşmesini izinsiz pay devri niteliğinde görüp, paya ait temettü hariç ortaklık haklarının TMSF tarafından kullanılacağını savunmak seçenekler arasında sayılabilir.

Kanaatimizce, kanunun dolanılmasına ilişkin genel yaptırım olarak kabul edilen sonucun tatbiki ile, tarafların dolanmak istediği BankK md.18'e aykırılığın yaptırımı olan "*izin alınmadan yapılan pay devirleri pay defterine kaydolunmaz. Bu hükme aykırı olarak pay defterine yapılan kayıtlar hükümsüzdür."* amir hükmü çerçevesinde BDDK'nın bildirimi üzerine bu paylara ilişkin ortaklık haklarının (kâr payı alma hakkı hariç) TMSF tarafından kullanılması uygun olacaktır. Bu anlamda tarafların etrafından dolanmak istediği emredici hüküm (BankK md.18), yasada bu konuda açık bir hüküm olmasa da, amaçsal yorum yapılarak, tarafların saptığı ikincil yola doğrudan uygulanmalıdır. Bu noktada belirtmek gerekir ki, Kurul izni alınmadan yapılan pay devirlerinin pay defterine kaydı halinde BankK md.146/1-a maddesi kapsamında Kurul tarafından Bankaya idari para cezası da uygulanacaktır.

Bununla birlikte BankK'da bir değişiklik yapılarak, bankalarda yönetim kuruluna üye belirleme imtiyazının veya nitelikli pay sahibi olmak sebebiyle elde tutulan yönetim kuruluna üye belirleyebilme gücünün, pay sahipleri sözleşmeleri vasıtasıyla başka paydaşlara veya üçüncü kişilere kullandırılması halinin de açık bir şekilde Kurul iznine tâbi kılınması yoluyla konunun hukuki yorum ve tartışmalara gerek kalmaksızın kesin bir sonuca bağlanabileceği kanaatindeyiz. Ancak böyle bir kanun hükmünün de uygulanma aşamasında, tamamen sözleşme serbestisine dayanılarak akdedilen ihtiyari nitelikteki pay sahipleri sözleşmelerinin varlığını tespit ve ispat ile ilgili problemler yaşanması da muhtemeldir.

KAYNAKÇA

AKAD, Gül, **6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Anonim Şirketlerde İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulu**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.

ALICI Yaşar, **Bankacılık Kanunu Şerhi, C. I**, Oniki Levha, 2. Baskı, İstanbul, 2017.

BAHTİYAR Mehmet, **Anonim Ortaklık Anasözleşmesi**, Beta, İstanbul, 2001.

BALTALI Candemir, **Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunda Temsil Edilme İmtiyazı**, Oniki Levha, İstanbul, 2019.

BATTAL Ahmet, **Bankacılık Kanunu Şerhi**, Seçkin, Ankara, 2017.

BİLGE Kerem, **Pay Sahipleri Sözleşmesi Kapsamında Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Kısıtlanması**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2016.

ÇAMOĞLU, Ersin, "6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Anonim Ortaklık Yönetim Kurulunda Belirli Grupların Temsili", **Adalet Bakanlığı Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu**, Ankara 26.12.2007, m.360.

ÇEKER Mustafa, Anonim Ortaklıkta Oy Hakkı ve Kullanılması, **BTHAE Yayınları**, Ankara, 2000.

ÇELEBİCAN Gürgan, "Avrupa Birliği'nde Kredi Kurumlarının Kurulmaları, Faaliyet İzni Almaları ve Faaliyetlerinin Sona Ermesi", **AÜHFD**, C. 56, S. 3, Ankara 2007, s. 53-81.

EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 18. B., Yetkin, Ankara 2015

GÖNEN Eriş, **Anonim Şirketler Hukuku**, Seçkin, Ankara, 1995.

GÜNEL Onur Kerem, Özel Kategori Paylar, **Sermaye Piyasası Kurulu Yayın No: 92**, Ankara, 1997.

İMREGÜN Oğuz, "Anonim Ortaklıklarda Özel Kategori Paylar", **Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan**, Ankara, 2003, s.181-200.

KARAHAN Sami, **Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar ve İmtiyazların Korunması**, Kazancı, İstanbul, 1991.

KARASU Rauf, "Anonim Şirket Yönetim Kurulunda Belirli Grupların Temsil Edilme Hakkı", **Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi**, Ankara, 2016, s. 31-40. ('Temsil Edilme Hakkı')

KARASU Rauf, "Emredici Hükümler İlkesinin Kapalı Tip Anonim Şirketler ve Limited Şirketler Açısından Doğurduğu Sorunlar ve Çözüm Önerileri". **Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi**, Ankara, 2015, s. 115-132.

KARASU Rauf, **Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi**, Yetkin 2. B., Ankara 2015.

KAŞAK Fahri Erdem, **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık**, Oniki Levha, İstanbul 2019.

KAYA Arslan, "Yürürlüğünün Birinci Yılında 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu", **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Erzincan 2012, C. XVI, S. 3-4, (s. 137 vd.)

KAYA İlknur, "İmtiyazlı Pay Kavramı ve Kayıtlı Sermaye Sistemindeki İmtiyazlı Paylar", **Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S.3, Eskişehir, 2016, s. 225-245.

KENDİGELEN Abuzer, "İsviçre Hukukunda Farklı Pay Sahibi Kategori veya Gruplarının Şirket Organlarında Temsili", **Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı**, İstanbul, 2001, s. 339-403. ('Moroğlu'na Armağan')

KENDİGELEN Abuzer, **Anonim Ortaklıkta Yönetime Katılma Haklarına İmtiyaz**, Vedat, İstanbul, 1999, ('İmtiyaz').

KENDİGELEN Abuzer, **Yeni Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler**, İstanbul 2012, ('İlk Tespitler').

KIRCA İsmail / ŞEHİRALİ ÇELİK Feyzan Hayal / MANAVGAT Çağlar, **Anonim Şirketler Hukuku Cilt: 1**, BTHAE Yayınları, Ankara, 2013.

MEMİŞ Tekin, "Grup İmtiyazının Kabul Edildiği Bankalarda Grup İçindeki Bütün Paylar Nitelikli Pay Sayılır mı?", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 3105-3121.

OĞUZMAN Kemal / ÖZ Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt -1**, İstanbul, 2020.

OKUCU TAFTALI İpek, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Anonim Şirketlerde İmtiyaz**, OnikiLevha, İstanbul 2018.

OKUTAN NİLSSON Gül, **Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmeleri**, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, İstanbul, 2003.

ÖZDAMAR Mehmet, "Türk Banka Hukukunda "Nitelikli Pay" Kavramı", **Doç. Dr. Haluk Konuralp'e Armağan, C. III**, Yetkin, Ankara, 2009, s. 729, 746.

POROY Reha / TEKİNALP Ünal / ÇAMOĞLU Ersin, **Ortaklıklar Hukuku I**, 14. Bası, Arıkan, İstanbul 2020.

POROY Reha / TEKİNALP Ünal / ÇAMOĞLU Ersin, **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku,** 10. Bası, Arıkan, İstanbul, 2005.

PULAŞLI Hasan, "Anonim Şirketlerde Yönetimde İmtiyaz ve Buna İlişkin Esas Sözleşme Düzenlemelerinin Anlam ve Etkisi", **Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı**, İstanbul, 2001, s. 563-592. ('Yönetimde İmtiyaz')

PULAŞLI Hasan, "Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirkette İmtiyazlı Paylar", **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Kayseri, 2013, S. 1 s. 1-12.

PULAŞLI Hasan, **Şirketler Hukuku Şerhi**, C. I, 2. B., Adalet, Ankara 2014. ('Şerh').

PULAŞLI Hasan, **Yeni Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, Adalet, Ankara, 2012.

REİSOĞLU Safa, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Beta, 24. B, İstanbul, 2013. ('Borçlar')

REİSOĞLU Seza, **Bankacılık Kanunu Şerhi, C. I**, Yaklaşım, İstanbul, 2007. ('Şerh')

TAŞDELEN Servet, **Bankalar Kanunu Şerhi**, Adalet, İstanbul, 2015.

TEKİNALP Ünal, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, Vedat, İstanbul, 2015. ('Sermaye Ortaklıkları')

TEKİNALP Ünal, **Ünal Tekinalp'in Banka Hukukunun Esasları**, Vedat, İstanbul, 2009.

TEKİNAY Selahattin Sulhi / AKMAN Sermet / BURCUOĞLU Haluk / ALTOP Atilla, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 1993.

TEOMAN Ömer, **Yaşayan Ticaret Hukuku, C. I: Hukuki Mütalaalar, Kitap 10:** 2000-2002, Vedat, 1. B. İstanbul 2003

TOPÇUOĞLU Hamide, **Kanuna Karşı Hile**, İzmit 1950.

YÜCEL Özge, **5411 Sayılı Bankacılık Kanununun 18'inci Maddesi Açısından İzne Tabi Pay Edinim ve Devirleri**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2011.

http://www.kazanci.com.tr.

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2021; 1: 1047-1112

İSVİÇRE TÜRK HUKUKU'YLA KARŞILAŞTIRMALI OLARAK FRANSIZ MEDENİ KANUNU UYARINCA FRANSIZ HUKUKU'NDA SATICININ AYIPTAN SORUMLULUĞU(*)

Arş. Gör. **Doğan KARA**(**)

Öz: Fransız Medeni Kanunu, kodifiye edilmiş ilk medeni kanun olma özelliği taşıması sebebiyle, pek çok hukuk sistemini etkilemiş ve Türk Borçlar Kanunu'na kaynaklık eden İsviçre Hukuku'na ilham vermiştir. Bu sebeple, mevcut çalışmada, Fransız Hukuku'nda satıcının ayıptan sorumluluğu, İsviçre-Türk Hukuku ile karşılaştırmalı olarak ele alınmıştır. Genel bir takdimin ardından, ilk olarak ayıptan sorumluluk rejiminin maddi ve şekli şartları değerlendirilmiş; akabinde, ayıptan sorumluluk rejiminin sonuçları incelenmiştir. Bu kapsamda, İsviçre-Türk Hukuku'na benzer şekilde, sözleşmeden dönme, bedel indirimi, satılanın onarılması veya ayıpsız benzeriyle değişim hakları açıklanmış; devamında, alıcının ayıplı ifa sebebiyle maruz kaldığı zararlar için öngörülen giderim imkanına mercek tutulmuştur. Son olarak, varılan kanaatler ve Türk Hukuku açısından tavsiyeler, sonuç bölümünde özetlenmiştir.

Anahtar kelimeler: Ayıptan Sorumluluk, Ayıplı Mal, Satış Sözleşmesi, Fransız Medeni Kanunu, Fransız Yargıtayı.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 01.04.2021. Makale Kabul Tarihi: 10.05.2021.

(**) Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı (ORCID no: 0000-0001-5322 4954; *dkara@gsu.edu.tr*).

Bu çalışmanın ortaya çıkmasında gösterdiği emek ve katkılar için Saygıdeğer Hocam Doç. Dr. Tuba AKÇURA KARAMAN'a teşekkürlerimi sunarım.

THE SELLER'S WARRANTY OF QUALITY AND FITNESS UNDER FRENCH CIVIL CODE IN FRENCH LAW COMPARED TO THE SWISS TURKISH LEGAL SYSTEM

Abstract: Since the French Civil Code is the first codified civil law, it has affected many legal systems and inspired the Swiss Law, which is the source of the Turkish Code of Obligations. For this reason, in the present study, the seller's warranty of quality and fitness for defective goods in French Law is handled in comparison with the Swiss-Turkish Law System. After a general introduction, firstly, the material and formal conditions of the warranty of quality and fitness were focused. Subsequently, the results of the liability regime for defective goods were examined. In this context, similar to the Swiss-Turkish Law, the right to terminate the contract, the right to reduce the price and the rights to repair or replace the object has been explained; afterwards, the possibility of compensation for damages incurred due to defective performance was analyzed. Finally, conclusions and recommendations in terms of Turkish Law are summarized in the final section.

Keywords: Warranty of Quality and Fitness, Defective Goods, Contract of Sale, French Civil Code, French Supreme Court.

GİRİŞ

Fransız Hukuku'nda ayıptan sorumluluk rejimi *(garantie des défauts de la chose vendue)* temellerini Roma Hukuku'ndan alan ve Kıta Avrupası'nda pek çok hukuk sistemine ilham vermiş önemli düzenlemeler ihtiva etmektedir. Kodifiye edilmiş ilk medeni kanun olma özelliğini gösteren Fransız Medeni Kanunu *(Code civil/Code Napoléon - [FrMK])*[1] günümüze değin pek çok değişiklik geçirmiş olsa da, özellikle ayıptan sorumluluk rejimini düzenleyen FrMK m.1641-1649 hükümleri, yürürlüğe girdiği 1804 yılından beri ana hatlarını ve karakteristik yapısını korumuştur. Bunun yanında, teknolojik ve ekonomik gelişmelere bağlı olarak çeşitli eklemeler yapılmış; ancak, kanunun ruhu zedelenmemiştir. Öte yandan, Fransız Hukuku'nda ayıptan sorumluluk rejimi açısından, Fransız Yargıtayı'nın *(Cour de cassation)* içtihatlarıyla adeta kanun tekrar yazılmış, pek çok kural açısından geliştirdiği karineler ve varsayımlar, ayıptan sorumluluk rejimini zenginleştirmiştir. Bu sebeple, çalışmada, olabildiğince Fransız Yargıtayı'nın içtihatlarına ve de-

[1] Code Civil des Français. 21 Mart 1804 tarihli Fransız Medeni Kanunu için bkz. Çevrimiçi: www.legifrance.gouv.fr, Erişim: 01.03.2021.

ğerlendirmelerine yer verilmiş; iki yüz yıllık kuralların, nasıl istikrarlı bir şekilde uygulandığına dikkat çekilmek istenmiştir. Fransız Medeni Kanunu, kodifiye edilmiş ilk medeni kanun olma özelliği taşıması sebebiyle, pek çok hukuk sistemini etkilemiş; 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na (TBK) kaynaklık eden İsviçre Hukuku açısından, 1881 tarihli eski İsviçre Federal Borçlar Kanunu'na (eİsvBK) ve onun ardılı olan 1911 sayılı İsviçre Borçlar Kanunu'na (İsvBK) ilham vermiştir. Bu sebeple, mevcut çalışmada, Fransız Hukuku'nda satıcının ayıptan sorumluluğu, olabildiğince, İsviçre-Türk Hukuku ile karşılaştırmalı olarak ele alınmıştır.

I. GENEL OLARAK

Satıcı, satış sözleşmesi çerçevesinde, satılanın mülkiyetini, bu hakkın sağladığı bütün yetkilerle birlikte devredildiğini *(zapttan sorumluluk - garantie d'éviction)* ve satılanın öngörülen mutat kullanıma uygun olduğunu *(ayıptan sorumluluk - garantie des vice cachées)* tekeffül etmek zorundadır[2]. Satılanın öngörülen olağan kullanıma uygun olup olmadığı, satıcının satılanda bulunan gizli nitelik eksikliklerinden, yani satılanın ayıplarından sorumluluk borcunu meydana getirir[3]. Burada önemli ve belirleyici olan husus, satılanın ihtiva ettiği niteliklerin olağan kullanıma uygun olup olmadığıdır. Zira, Fransız kanun koyucusu, satılanın üst düzey bir kullanım ve işleyişe sahip olması açısından değil, yalnızca onun ortalama düzeyde ve mutat *(alışıldık)* kullanımını engelleyen gizli ayıplar bakımından satıcıya garanti borcu yüklemiştir.

Satıcının ayıptan sorumluluğu taşınır ve taşınmaz satışı açısından söz konusu olur. Fakat, kanun koyucu, sözleşmenin kurulduğu sırada satış konusunun mevcut olmadığı, ileride inşa edilecek olan taşınmazların satışı konusunda satıcının tekeffül borcunu, FrMK m.1646-1 hükmünde[4], mimar ve

---

[2] MALAURIE Philippe / AYNÈS Laurent / GAUTIER Pierre-Yves, **Droit des contrats spéciaux**, 9ème édition, LGDJ Lextenso éditions, Issy-les-Moulineaux, 2017, s. 247 vd.; BÉNABENT Alain, **Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux**, 11ème édition, LGDJ Lextenso éditions, Issy-les-Moulineaux, 2017 (Contrats), s. 173 vd.; RAYNARD Jacques / SEUBE Jean-Baptiste, **Droit des contrats spéciaux**, 9ème édition, LexisNexis, Paris, 2017, s. 201 vd.; PUIG Pascal, **Contrats spéciaux**, 6ème édition, Édition Dalloz, Paris, 2015, s. 362 vd.; HUET Jérôme / DECOCQ Georges / GRIMALDI Cyril / LÉCUYER Hervé, **Traité de droit civil**, Les principaux contrats spéciaux, 3ème édition, LGDJ Lextenso éditions, Paris, 2012, s. 300 vd.

[3] MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 247; HUET/DECOCQ/GRIMALDI/LÉCUYER, s. 300; BÉNABENT, Contrats, s. 173; PUIG, s. 362; RAYNARD/SEUBE, s. 201.

[4] **FrMK m.1646-1:** *"İnşa edilecek bir taşınmazın satıcısı, işlerin kabulünden başlayarak, mimarların, yüklenicilerin ve eser sözleşmesi uyarınca iş sahibine bağlı olan diğer kişilerin sorumlu olduğu şekilde, mevcut kanunun 1792, 1792-1, 1792-2 ve 1792-3 maddeleri uyarınca*

yüklenicinin sorumluluğuna tabi kılmıştır. Böylece, eser sözleşmesine yakın durmaları sebebiyle, proje üzerinden satışlar gibi, sözleşmenin kurulmasından sonra inşa edilecek yapıları konu edinen ve eser sözleşmesi şeklinde nitelendirilemeyen satış sözleşmeleri açısından, eser sözleşmesi kapsamında düzenlenen yüklenicinin ayıplı taşınmazdan sorumluluğuna (FrMK m.1792, 1792-1, 1792-2 ve 1792-3) yollama yapılmıştır[5]. Fransız kanun koyucusu, ayrıca, bir eşyaya yönelik olarak kurulan diğer sözleşmelerde de ayıptan sorumluluk rejimine yer vermiştir. Örneğin, kira sözleşmesinde, finansal kiralama sözleşmesinde, kullanım ödüncünde, inşaat sözleşmesinde ve bazı eser sözleşmelerinde, ayıptan sorumluluk rejimi ayrıca düzenlenmiştir.

Fransız Medeni Kanunu'nda düzenlenmiş olan ayıptan sorumluluk rejimi, temellerini Roma Hukuku'ndan alır. Özellikle, ayıptan sorumluluğun şartları ve alıcıya tanınan haklar, Roma hukuk sisteminden esinlenilmiştir. FrMK m.1644 hükmüne göre, ayıptan sorumluluk rejiminin şartlarını sağlanması durumunda, alıcı, Roma Hukuku'ndan beri mevcut olan iki temel imkâna sahiptir: sözleşmeden dönme *(action rédhibitoire - actio redhibitoria)* ve satış bedelinden indirim isteme *(action estimatoire - actio quanti minoris)*[6]. Özellikle Klasik Hukuk Dönemi'nde gelişen söz konusu haklar, bir çeşit belediye görevlisi sayılan *aedilis curulis'lerin* pazarların düzenli bir şekilde işleyişini temin etmek için ortaya koydukları *edictum'lara* dayanmaktadır[7]. Zira, bu dönemde kural olarak satıla-

---

sorumludur. (Le vendeur d'un immeuble à construire est tenu, à compter de la réception des travaux, des obligations dont les architectes, entrepreneurs et autres personnes liées au maître de l'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage sont eux-mêmes tenus en application des articles 1792, 1792-1, 1792-2 et 1792-3 du présent code)".

5 MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 247; PUIG, s. 364.

6 Ulpien, Corpus Iuris Civilis, Digeste, 21.I.1 (http://www.histoiredudroit.fr/corpus_iuris_civilis.html, Erişim: 01.03.2021); BÉNABENT, Contrats, s. 186, 187; PUIG, s. 362, 374; MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 265; HUET/DECOCQ/GRIMALDI/LÉCUYER, s. 300; RAYNARD/SEUBE, s. 217.

Roma Hukuku'nda söz konusu seçimlik haklar açısından bkz. BRÉGI Jean-François, **Droit romain**, Les obligations, Université-Droit, Ellipses Édition, Paris, 2006, s. 194; DUNAND Jean-Philippe / WINIGER Bruno / WINIGER Bénédict, **Droit privé romain II: Obligations**, 2ème édition revue et corrigée, Faculté de droit de l'Université de Genève, Helbing Lichtenhahn, Genève, Bâle, 2012, s. 92; PICHONNAZ Pascal, **Les fondements romains du droit privé**, Schulthess Médias Juridique SA, Genève, Zurich, Bâle, 2008 (Fondements romains), N 2099-2101; KARA Doğan, "İsviçre-Türk Hukuk Sisteminde Ayıptan Sorumluluk Çerçevesinde Doğrudan ve Dolaylı Zarar Ayrımı", **GSÜHFD**, 2018/1, s. 483-530 (Doğrudan-Dolaylı Zarar), s. 486, 487.

7 STANISLAS Guy, **Le droit de résolution dans le contrat de vente**, Sanction de l'inexécution des obligations contractuelles: Étude de droit suisse, Mémoires publiés par la Faculté de Droit Genève, Librairie de l'Université Georg et Cie S.A., Genève, 1979, s. 105; PICHONNAZ, Fondements romains, N 2086-2102; BRÉGI, s. 194; DUNAND/SCHMIDLIN/WINIGER, s. 91, 92; MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 248; RAYNARD/SEUBE, s. 201.

nın ayıplarından sorumlu olmayan satıcı, sadece malı olduğu gibi alıcıya devretmekle yükümlü idi[8]. Satılanın nitelikleri satış sözleşmesinin esasına dâhil değildi. Yalnızca pazarlarda akdedilen satış sözleşmeleri için geçerli olan bu *edictum'lar* ise, temelde en çok ticareti yapılan köle ve hayvan satışı için, satıcının bazı nitelikleri garanti etmesini zorunlu kılmıştı[9]. Alıcının seçimlik haklarını ifade etmek üzere kullanılan Fransızca *"actions édiliciennes"* kavramı, seçimlik haklara vücut veren *edictum'lara* dayanmaktadır[10].

Günümüzde, halen Napolyon Kanunu olarak anılan Fransız Medeni Kanunu'nun ayıptan sorumluluk rejimini düzenleyen hükümlerinin pek çoğu, 1804 yılındaki ilk halini muhafaza etmektedir. Öte yandan, her ne kadar kanunun aslına sadık kalınsa da, Fransız Yargıtayı'nın içtihatlarıyla birlikte, pek çok açıdan ilerleme kaydedilmiştir. Özellikle, aşağıda detaylı bir şekilde incelendiği üzere, alıcı ve satıcının mesleki faaliyetleri icabı satış sözleşmesini akdedip akdetmemesine yönelik olarak çeşitli ayrımlar yapılmış ve bu çerçevede, ayıptan sorumluluğun kapsamı, meslekleri icabı satış sözleşmesini akdeden satıcılar açısından genişletilmiş; öte yandan, meslekten alıcılar açısından da ayıptan sorumluluğun şartları ağırlaştırılarak, kendileri bakımından daha katı bir rejim tatbik edilmiştir[11]. 1950'li yıllardan itibaren,

---

8 DUNAND/SCHMIDLIN/WINIGER, s. 90; ROBAYE René, **Le droit romain**, 3ème édition, Academia Bruylant, Bruxelles, 2005, s. 263; AMAUDRUZ Michel, **La garantie des défauts de la chose vendue et la non-conformité de la chose vendue dans la loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels**, Étude de droit comparé, Imprimerie Jean Bron, Lausanne, 1968, s. 11.

9 PICHONNAZ, Fondements romains, N 2093-2095; ROBAYE, s. 263; BRÉGI s. 194; MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 248; DUNAND/SCHMIDLIN/WINIGER, s. 91, 92; PUIG, s. 362; AMAUDRUZ, s. 11. *Örneğin*, köleler açısından edictum ile kölenin önüne bir tabela konulması ve belirli nitelik eksikliklerinin bu tabelalara yazılması zorunlu tutulmuştu. Bkz. BRÉGI, s. 194. Bu dönemde *"caveat emptor (alıcı gözünü aç)"* olarak ifade edilen, alıcının ne aldığını bilmesi gerektiği yönündeki prensip, yerini satıcının ne sattığını bilmesi gerektiği yönündeki güncel anlayışa bırakmaktadır. Bkz. ROBAYE, s. 263, 264. *"Caveat emptor"* prensibi *"savruk alıcı korunmaz"* şeklinde de ifade edilmektedir. Bkz. SEROZAN Rona, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, (Yayına Hazırlayanlar: Rona Serozan, Başak Baysal, Kerem Cem Şanlı), 4. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, N 727.

10 DUNAND/SCHMIDLIN/WINIGER, s. 90; STANISLAS, s. 105; MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 248; PICHONNAZ, Fondements romains, N 2086-2102.

11 Fransız Hukuku'nda yapılan bu ayrım açısından da Roma Hukuku'nun etkili olduğu söylenebilir. Bkz. Ulpien, Corpus Iuris Civilis, Digeste, 21.I.2 (www.histoiredudroit.fr/corpus_iuris_civilis.html, Erişim: 01.03.2021): *"... Mesleği gereği satıcı ne sattığını bilmek zorundadır ve bildiği ölçüde de, satışın yapıldığı yerde alıcıyı uyarmalıdır..."*. Nitekim, Roma Hukuku'nda, özellikle yabancı satıcıların, kötü şöhretleri sebebiyle, satılandaki ayıpları karine olarak bildikleri varsayılıyordu. Bkz. PUIG, s. 362; Ulpien, Corpus Iuris Civilis, Digeste, 21.I.2: *"... Mesleği gereği satıcı ne sattığını bilmek zorundadır ve bildiği ölçüde de, satışın yapıldığı yerde alıcıyı uyarmalıdır..."*.

Fransız mahkemeleri, özellikle tüketicilere ayıptan sorumluluk konusunda önemli bir koruma sağlamıştır. Zira, sınai gelişmeler satılanın yol açabileceği tehlikeleri arttırmış; buna karşın, mahkemeler ise, meslekten satıcılara karşı tüketiciyi korumak ve ticaretin normal dengesini bozmadan satıcıları ticari açıdan teşvik etmek arasında bir denge kurmaya çalışmışlardır. Meslekten satıcılar *(ve üreticiler)* ile tüketiciler arasındaki ilişkilerde, ayıptan sorumluluk rejimi pek çok açıdan gelişme kaydetmiştir[12]. Bu gelişmelerden en önemlisi ise, 1 Temmuz 2016 yılında yürürlüğe giren, Fransız Tüketici Kanunu *(Code de la consommation [FrTK])*[13] olarak nitelendirilebilir.

Fransız Hukuku'nda ayıptan sorumluluk açısından, Avrupa Birliği Hukuku'nun da önemli bir etkisi olmuştur. Ayıptan sorumluluk konusunda, özellikle iki Avrupa Birliği direktifinden bahsetmek mümkündür. *"25 Temmuz 1985 tarihli, Üye Devletlerin İdari ve Kanuni Düzenlemelerinin, Ayıplı Ürünlerden Sorumluluk Konusunda Yakınlaştırılmasına Yönelik Konsey Direktifi*[14]*"* uyarınca, ayıplı ürünlerin yol açtığı zararlardan dolayı, bir kusursuz sorumluluk rejimi öngörülmüştür. Bu direktif uyarınca, sorumluluk, satılan ürünün olağan kullanıma uygun olmaması sebebiyle değil, güvenliği tehlikeye düşürecek derecede bir nitelik eksikliğinin bulunması durumunda yani bir güvenlik ayıbının varlığı halinde *(défaut de sécurité)* meydana gelmektedir. Direktifin kapsamına giren zararlar ise, yalnızca ürünü kullanan kimselerin mallarına veya beden bütünlüğüne gelen zararlarla sınırlandırılmıştır. Direktifin 9. maddesi uyarınca, zarar kavramı, ölüm veya beden bütünlüğünün ihlali sebebiyle oluşan zarar ile bir eşyaya gelen veya onun tahribi neticesinde doğan zararı kapsar. Dolayısıyla direktifin uygulama alanı oldukça sınırlıdır. 25 Temmuz 1985 tarihli Konsey Direktifi, daha sonra Fransız Medeni Kanunu'na dahil edilerek, FrMK m.1245 ve devamında düzenlenmiştir. İkinci direktif olan, *"25 Mayıs 1999 tarihli Tüke-*

---

12 Meslekten satıcılar ve üreticiler ile tüketiciler arasındaki ilişkilerde, ayıptan sorumluluk rejimi üç açıdan gelişme kaydetmiştir. *(i)* Satıcı, satılanın yol açtığı bütün zararlardan sorumlu hale gelmiştir. Böylece, satılanın yol açtığı zararlardan doğan sözleşmesel sorumluluk artırılmıştır. *(ii)* Kanuni tekeffül yükümlüğünü sınırlandıran ya da ortadan kaldıran her türlü anlaşma kesin hükümsüz hale gelmiştir. *(iii)* Satılarının ayıplarından sorumluluk, yalnızca sözleşme ilişkisinin karşı tarafı açısından değil, aynı zamanda, satılanı kullanan birtakım kimseler açısından da genişletilmiştir. Detaylı bilgi için bkz. MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 248.

13 Code de la consommation. 1 Temmuz 2016 tarihli Fransız Tüketici Kanunu için bkz. Çevrimiçi: www.legifrance.gouv.fr, Erişim: 01.03.2021.

14 Council Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products, (Official Journal L 210, 07/08/1985 P. 0029-0033). Direktif için bkz. Çevrimiçi: www.eur-lex.europa.eu, Erişim: 15.03.2021.

tim Mallarının Satışının Belirli Yönleri ve İlgili Garantiler Hakkında Konsey ve Avrupa Parlamentosu Direktifi[15]*"* ise, özel olarak tüketim mallarının satışında Avrupa Birliği'nde uyumlaştırmayı sağlamaya yönelik olarak, ayıptan sorumlulukla ilgili hükümler sevk etmiştir. Söz konusu direktif uyarınca, kusursuz sorumluluk ilkesi kabul edilmiş ve bir ürünün kullanımı neticesinde, bir tüketicide zarar meydana gelirse, üreticinin sorumluluğuna herhangi bir kusur veya ihmali olmasa dahi başvurulabileceği düzenlenmiştir. Direktif kapsamında düzenlenen zarar kapsamına, ölüm veya beden bütünlüğünün ihlali neticesinde meydana gelen zararlar ile, bir ürünün şahsi ihtiyaçlar sebebiyle kullanımı neticesinde meydana gelen zararlar dahil edilmiştir. 17 Şubat 2005 tarihli kararname[16] ile bu düzenlemeler de kanunlaşmıştır.

II. AYIPTAN SORUMLULUĞUN ŞARTLARI

Ayıptan sorumluluk için aranan şartlar, esasa dair maddi şartlar ile ayıptan sorumluluk çerçevesinde doğan hakların kullanımına yönelik olan şekli şartlar olarak ikiye ayrılmaktadır[17]. Esasa dair şartlar, satılanda ayıptan sorumluluğu doğuracak gizli bir ayıbın bulunmasını konu edinirken, şekli şartlar ise genel olarak davanın açılabileceği süre ve ispat yükü ile ilgilenir.

1. Maddi Şartlar

Ayıptan sorumluluğun meydana gelebilmesi için, ilk olarak, nitelik eksikliğinin mevcut olabileceği bir satış sözleşmenin bulunması gerekir[18]. Kural olarak, bütün satış sözleşmelerinde satıcı, satılanın ayıplarından sorumludur[19]. Satışın açık artırma yoluyla yapılmış olması durumunda da, ayıptan sorumluluk meydana gelir. Buna karşın, şayet satış, adli bir makam tarafından yapılmışsa, örneğin cebri icra yoluyla bir malın satışı söz konusuysa, FrMK

---

15 Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certains aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees, (Official Journal L 171, 07/07/1999 P. 0012-0016). Direktif için bkz. Çevrimiçi: www.eur-lex.europa.eu, Erişim: 15.03.2021.

16 Ordonnance n° 2005-136 du 17 février 2005 relative à la garantie de la conformité du bien au contrat due par le vendeur au consommateur. Kararname için bkz. Çevrimiçi: www.legifrance.gouv.fr, Erişim: 01.03.2021.

17 RAYNARD/SEUBE, s. 210; MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 252. Bazı eserlerde, satışa, ayıba ve davaya yönelik şartlar şeklinde üçlü bir ayrım yapıldığı da görülmektedir. Bkz. PUIG, s. 363 vd.

18 MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 252; RAYNARD/SEUBE, s. 205.

19 Her türlü satış sözleşmesine ve her türlü mala kural olarak ayıptan sorumluluk hükümlerinin uygulanacağı yönünde bkz. Cour de cassation, Chambre civile 1, 16.2.1983, 82-10348 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 14.03.2021).

m.1649 uyarınca, ayıptan sorumluluk hükümleri uygulama alanı bulmaz[20]. Belirtmek gerekir ki, aynı esas İsviçre-Türk Hukuku açısından da kabul edilmiştir. TBK m.280/f.I (İsvBK m.231/f.I) uyarınca, ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümler cebri artırmalara tatbik edilmemektedir. Buna karşın, TBK m.280/f.III (İsvBK m.231/f.III) uyarınca, isteğe bağlı açık artırmalarda, satıcı, satılanın ayıplarından sorumludur. Fakat, satıcının artırma koşullarında nitelik eksikliklerini belirterek bu sorumluluktan kurtulması mümkündür.

İkinci olarak, satıcının satılandaki nitelik eksikliklerinden sorumlu olabilmesi için, ayıptan sorumluluk rejimine işlerlik kazandıracak bir gizli ayıbın *(vice caché)* bulunması gerekir[21]. Alıcının ayıptan sorumluluğa başvurmasını sağlayacak derecede bir nitelik eksikliğinin bulunabilmesi için ise, üç şartın gerçekleşmesi şarttır. Bunlardan ilki, FrMK m.1641 hükmünde ifade edilen, satılanın *mutat kullanıma elverişsiz* olması şartıdır[22]. İkinci şart, ayıbın gizli olması; başka bir deyişle, satılanda açık ayıbın bulunmaması koşuludur. Üçüncü şart ise, ayıbın satışa atfedilebilir olması; yani, ayıbın, mülkiyetin alıcıya geçtiği, satış sözleşmesinin akdedildiği andan önce satılanda mevcut olması şeklinde ifade edilmektedir[23].

A. Satılanın Mutat Kullanıma Elverişsiz Olması

Satıcının satılandaki ayıplardan sorumlu olması için, FrMK m.1641 hükmü uyarınca[24], satılanın *"mutat kullanıma elverişsiz (impropre à son*

---

[20] RAYNARD/SEUBE, s. 205; MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 252; PUIG, s. 362. **FrMK 1649**: *"Bu (başlık), adli bir makam tarafından gerçekleştirilen satışlar açısından uygulanmaz. (Elle n'a pas lieu dans les ventes faites par autorité de justice."*

[21] Şayet, bir aliud teslim söz konusuysa, bu durumda genel hükümler uyarınca, borcun ifa edilmemesine dair hükümlere başvurulması gerekir. Bkz. AMAUDRUZ, s. 23 vd. Alman Hukuku'nda bkz. BGB §434 f. III: *"Değişik bir şeyle ifa veya nicelikçe eksik ifa da ayıplı ifa hükümlerine tabidir"*.

[22] MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 254; BÉNABENT, Contrats, s. 178; PUIG, s. 365. Nitekim, bu şart Türk Hukuku'nda TBK m.219/f.I hükmünde *"kullanım amacı bakımından değerini ve alıcının ondan beklediği faydaları kaldıran veya önemli ölçüde azaltan ayıp"* şeklinde ifade edilmektedir.

[23] BÉNABENT, Contrats, s. 179, 180; MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 254, 255, 261; PUIG, s. 366-368; RAYNARD/SEUBE, s. 212, 213. Tapu sicilinde açıkça yazan hususların gizli sayılamayacağı yönünde bkz. Cour de cassation, Chambre civile 3, 10.9.2008, 08-17086 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 14.03.2021). Alıcının bilirkişi tarafından uyarılması durumunda gizli ayıbın bulunmadığı yönünde bkz. Cour de cassation, Chambre civile 3, 27.9.2006, 05-15924 (RDC 2007, s. 366).

[24] **FrMK m.1641:** *"Satıcı, satılanın yöneldiği kullanımı elverişsiz kılan ya da bu kullanımı önemli ölçüde azaltan gizli ayıplarından sorumludur, öyle ki, alıcı bunu bilse idi, satılanı hiç almayacak veya daha az bedel ödeyecek olmalıdır. (Le vendeur est tenu de la garantie à rai-*

usage normal)" olması gerekir[25]. Nitekim, bu husus *"malın kullanımını engelleyen veya imkânsız kılan önemli eksiklik (vice rédhibitoire)"* kavramıyla açıklanmaktadır. O halde, satılanda bulunan her nitelik eksikliği ayıptan sorumluluğa vücut vermemekte; satılanın kullanılabilirliğini engelleyen, ikincil nitelikte, önemsiz veya kolayca giderilebilir *(onarılabilir)* olmayan[26] ve yalnızca zevk icabı bulunması gerekmeyen *(lüks ürünleri hariç)*[27] ayıp, satıcının sorumluluğunu doğurmaktadır. Başka bir deyişle, satılanda bulunan nitelik eksikliği, satılanın mutat kullanımını imkânsız kılıyorsa veya önemli ölçüde güçleştiriyorsa, alıcı satıcının ayıptan sorumluluğuna başvurabilecektir. Bu sebeple, satılandaki ayıbın varlığının belli bir ağırlık ve öneme sahip olması gerekir[28]. Öyle ki, FrMK m.1641 uyarınca, alıcı, şayet satılandaki ayıbı bilse idi, satılanı hiç almayacak veya daha az bir bedelle satış sözleşmesini akdedecek olmalıdır[29].

---

son des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus.)"

25 MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 254; RAYNARD/SEUBE, s. 210; BÉNABENT, Contrats, s. 178; PUIG, s. 365; Cour de cassation, Chambre civile 1, 8.2.2020, 18-21526 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021); Cour de cassation, Chambre commerciale, 12.11.2020, 17-31713 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 14.03.2021); Cour de cassation, Chambre civile 1, 26.9.2012, 11-20275 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 14.03.2021). Nitekim, bu şart Türk Hukuku'nda TBK m.219/f.I hükmünde *"kullanım amacı bakımından değerini ve alıcının ondan beklediği faydaları kaldıran veya önemli ölçüde azaltan ayıp"* şeklinde ifade edilmektedir.

26 MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 254; AMAUDRUZ, s. 70. *Örneğin* bkz. Cour de cassation, Chambre civile 1, 23.5.1995, 93-17367 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021): *"... kolayca yapılacak bir tamirle ortadan kaldırılabilecek olan bir nitelik eksikliğinin bulunması durumunda ayıptan sorumluluk hükümleri uygulanmaz..."*; Cour de cassation, Chambre civile 3, 28.3.2007, 06-12461 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021): taşınmazın atık suların toplandığı bir ağla bağlantısının olmaması, alıcının bulunmasını bekleyebileceği ve satılanın mutat kullanımını elverişsiz kılan bir ayıp olarak nitelendirilmemiştir.

27 PUIG, s. 365. Fransız Yargıtayı'nın ilgili kararları için bkz. Cour de cassation, Chambre civile 1, 11.12.2013, 12-23.372 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 14.03.2021); Cour de cassation, Chambre civile 1, 22.4.1997, 95-12.152 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 14.03.2021): karara konu olayda satılan Jaguar'ın sayacının kilometre yerine mil göstergesi şeklinde olması, alıcının bir koleksiyoncu olması nazara alınarak, satının mutat kullanımını elverişsiz hale getirmediği şeklinde yorumlanmıştır.

28 Bu durum, Latince ifade edilen *"de minimis non curat praetor"* ilkesinin Fransız Hukuku'nda bir uygulamasını teşkil eder. Bkz. AMAUDRUZ, s. 70.

29 RAYNARD/SEUBE, s. 210; YAVUZ Cevdet, **Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu**, Beta Yayınevi, İstanbul, 1989, s. 74. Fransız Yargıtayı'nın 2020 tarihli yeni bir kararı için, *örneğin* bkz. Cour de cassation, Chambre civile 1, 8.2.2020, 18-21526 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 14.03.2021): *"... Ayıbın mevcudiyetinin belirli bir ağırlıkta olması gerekir, başka bir deyişle, ayıbın satılanın özgülendiği mutat kullanım açısından, satılanı elverişsiz kılması veya belli bir ölçüde satılanın kullanılabilirliğini azaltması gerekir. Öy-*

TBK m.219 hükmünde ise, satılanda bulunması gereken lüzumlu vasıflar açısından, kanun koyucu, satılanda *"kullanım amacı bakımından değerini ve alıcının ondan beklediği faydaları ortadan kaldıran veya önemli ölçüde azaltan maddi, hukuki ya da ekonomik ayıp"* bulunması gerektiğini ifade etmiştir. Mehaz İsviçre Borçlar Kanunu'nun 197. maddesinde ise, *"öngörülen kullanım amacını (son utilité prévue - vorausgesetzten Gebrauche) veya değerini ortadan kaldıran veya önemli ölçüde azaltan"* bir ayıbın bulunması gerektiği ifade edilmiştir. Fransız Hukuku'na benzer şekilde, Türk Hukuku'nda da alıcının satıcının ayıptan sorumluluğuna başvurabilmesi için, satılanda bulunması gereken lüzumlu vasıflar açısından, ayıp *"önemli"* olmalı; başka bir deyişle, satılanda bulunan nitelik eksikliğinin belirli bir ağırlığı bulunmalıdır[30]. Ayrıca, dürüstlük kuralı uyarınca satılanda bulunması beklenen lüzumlu vasıflar açısından da, satılanın öngörülen kullanım amacı esas alınmaktadır[31]. Söz konusu kullanım amacının tespit edilmesinde, tarafların

---

le ki, alıcı, şayet satılandaki ayıbı bilse idi, satılanı hiç almayacak veya daha az bir bedelle satış sözleşmesini akdedecek olmalıdır... (l'existence d'un vice d'une certaine gravité, c'est-à-dire d'un vice rendant le bien impropre à l'usage auquel on le destine, ou qui diminue tellement cet usage, que l'acheteur ne l'aurait pas acquis, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix s'il les avait connu)". Aynı yönde bkz. Cour de cassation, Chambre civile 3, 25.3.2014, 12-28978 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021).

30 OSER Hugo / SCHÖNENBERGER Wilhelm, **Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch**, V. Band: Das Obligationenrecht, 2. Teil (Halbband): Art.184-418, 2. umgearbeitete Auflage, Schulthess&Co, Zürich, 1936 (ZK), OR art.197 N 15; TERCIER Pierre / BIERI Laurent / CARRON Blaise, **Les contrats spéciaux**, 5ème édition, Schulthess Médias Juridiques SA, Éditions Romandes, Genève, Zurich, Bâle, 2016, N 691; VENTURI Silvio/ZEN-RUFFINEN Marie-Noëlle, **Commentaire Romand**, Code des obligations I, Art.1-529 CO, (éd.: Luc Thévenoz, Franz Werro), 2ème édition, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2012 (CR), CO art.197 N 17; GIGER Hans, **Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht**, Band VI: Das Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 1. Teilband: Kauf und Tausch - Die Schenkung, 1. Abschnitt: Allgemeine Bestimmungen - Der Fahrniskauf, Kommentar zu Art.184-215, 2. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 1980 (BK), OR Art.197 N 68; YAVUZ Cevdet / ACAR Faruk / ÖZEN Burak, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 10. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014, s. 132; ARAL Fahrettin / AYRANCI Hasan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Tıpkı 12. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 122; EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, N 332; AKÇURA KARAMAN Tuba, "Borçlar Kanunu ve Viyana Satım Anlaşması Çerçevesinde Ayıp Halinde Alıcının Hakları", **BATİDER**, Cilt 28, Sayı 1, 2012, s. 193-254 (Alıcının Hakları), s. 228.

31 CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, CO art.197 N 19; TANDOĞAN Halûk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Cilt I/1, Kendine Özgü Yapısı Olan ve Karma Sözleşmeler, Satış ve Çeşitleri, Trampa, Bağışlama, 5. Basımdan 6. Tıpkı Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 167; ARAL/AYRANCI, s. 122; YAVUZ, s. 74, 75.

Bu durumda ilk olarak tarafların sözleşmede açık veya örtülü olarak bir kullanım amacı tespit edip etmediklerine bakılır. Aksi halde, malın ait olduğu kategori uyarınca, satıldığı çevrede egemen olan görüşlere ve sözleşmenin özel şartlarına göre mutat kullanım şekli tespit edilecektir. Bkz. CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, CO art.197 N 19; TANDOĞAN, s. 167; YAVUZ, s. 76.

birbirine uygun irade beyanlarına, yani sözleşmeye, sözleşmede böyle bir düzenleme yoksa, dürüstlük kuralı uyarınca, alışveriş hayatındaki ortak anlayışa göre, objektif olarak belirlenebilir olan mutat kullanım amacı esas alınır[32]. Fransız Hukuku'nda olduğu gibi, İsviçre-Türk Hukuku'nda da alıcının amaçladığı tek taraflı özel kullanım amacı önem taşımaz.

Fransız Hukuku'nda, satılanın kullanıma elveriş olup olmadığı tespit edilirken, nazara alınan olan temel ölçüt, satılanın normal olarak, alışıldık şekilde tahsis edildiği kullanım amacıdır *(l'usage auquel on la destine)*[33]. Şayet satılandaki nitelik eksikliği, malın olağan kullanımını engellememekle birlikte, alışılmadık *(inhabituel; beklenmedik)*, olağan sayılamayacak ve özel bir şekilde kullanılmasına mâni oluyorsa, satıcı, alıcının arzu ettiği özel kullanım amacından haberdar olmadığı sürece, bu nitelik eksikliğinden sorumlu değildir[34]. Bu ihtimalde, satın aldığı malı, yöneldiği kullanım amacından farklı şekilde kullanmak isteyen alıcının, bu durumu, satıcıya bildirmesi gerekir. Nitekim, satıcının, satılanın tahsis edileceği özel kullanım amacını biliyor olması ihtimalinde, söz konusu kullanım şekli, sözleşmenin muhtevasına dahil olur[35]. İsviçre-Türk Hukuku açısından, alıcının ayıptan sorumlu olması için, dürüstlük kuralı uyarınca bulunması beklenen lüzumlu vasıflar

---

[32] BK-GIGER, OR Art.197 N 70; CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, CO art.197 N 19; CAVIN Pierre, **Traité de droit privé suisse**, Tome IV, 1: vente échange donation, Éditions Universitaires de Fribourg Suisse, Fribourg, 1978 (Vente), s. 83; KELLER Max / SIEHR Kurt, **Kaufrecht des OR und Wiener UN-Kaufrecht**, 3., überarbeitete und ergänzte Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1995 s. 76; ZEVKLİLER Aydın / GÖKYAYLA Kadir Emre, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 20. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020, s. 126; ARAL/AYRANCI, s. 122.

[33] RAYNARD/SEUBE, s. 210; PUIG, s. 366; MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 254; AMAUDRUZ, s. 46; Cour de cassation, Chambre commerciale, 12.11.2020, 17-31713 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 14.03.2021); Cour de cassation, Chambre civile 1, 26.9.2012, 11-20275 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 14.03.2021).

[34] MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 254; PUIG, s. 366.

[35] Şayet satılanın alıcı tarafından tahsis edildiği özel ve alışılmadık kullanım amacı bakımından, satılanın işleyişi alıcıyı tam manasıyla tatmin etmiyorsa, alıcı yine de satıcıya karşı dava ikame edebilir; ancak, bir görüşe göre bu durumda açılacak olan dava, ayıptan sorumluluğa değil, satıcının teslim borcunun gereği gibi yerine getirilmemesine dayanan bir borca aykırılık davasıdır. Genel borca aykırılık sebebiyle satıcıya karşı bir dava açıldığı zaman, talebin ayıptan sorumlulukta zamanaşımını düzenleyen FrMK m.1648 uyarınca, iki yıl içinde ileri sürülmemesi gerekmemektedir. Bkz. MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 254; Cour de cassation, Chambre commerciale, 17.2.1981, 79-11800 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 14.03.2021). Fransız Yargıtayı önüne gelen olayda, ayıptan sorumluluğa dayanmak mümkün değilse de, istinaf mahkemesinin davanın hukuki temelini araştırması gerektiğini belirtmiş ve genel borca aykırılık rejimine dayanılabileceğinden, alt derece mahkemesinin kararını bozmuştur. İlgili talebin ayıptan sorumluluk rejimine dayandığı yönünde bkz. PUIG, s. 366.

dışındaki nitelik eksikliklerinin, ayıptan sorumluluğa sebebiyet verebilmesi için, satıcı tarafından ayrıca bildirilmesi gerekir. Bu tarz nitelik eksiklikleri, *"bildirilen (vaad olunan) niteliklerde ayıp (qualité promises)"* olarak nitelendirilmektedir[36]. Keza, alıcının satılanda beklediği bir niteliği satıcıya bildirmesi ve satıcının da ilgili niteliğin satılanda bulunmadığı konusunda sessiz kalması ihtimalinde bir nitelik bildirimin bulunduğu kabul edilir.

Şayet, satılandaki ayıp geçici nitelikteyse veya satılanın büyük bir masraf gerektirmeksizin kolayca onarılması mümkünse, satılandaki bu nitelik eksikliği, malın kullanımını engelleyen veya imkânsız kılan eksiklik *(vice rédhibitoire)* olarak nitelendirilmez[37]. Dolayısıyla, geçici olarak nitelendirilen ayıplar, satıcının ayıptan sorumluluğunu doğurmaz. Nitekim, Fransız Yargıtayı da bir kararında, satılanın geçici olarak kullanımını azaltan veya engelleyen ayıplar sebebiyle bedel indirimi hakkının kullanılmayacağına hükmetmiştir[38]. Ayrıca, basit bir şekilde giderilebilecek veya kolayca onarılabilecek ayıplar için, satıcının ayıptan sorum-

---

[36] TERCIER/BIERI/CARRON, N 680; CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, CO art.197 N 11; SEROZAN, s. 204, 205; TANDOĞAN, s. 164.

Öğretide satıcı tarafından gerçekleştirilen nitelik bildiriminin hukuki niteliği tartışmalıdır. Öğretide savunulan *"tek taraflı irade beyanı"* görüşüne göre nitelik bildirimi tek taraflı varması gerekli bir irade beyanıdır. Bkz. ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, OR art.197 N 8. *"Sözleşme"* görüşüne göre ise satıcının yalnızca bir irade beyanında bulunmuş olması yetmez, bu beyanın yani nitelik bildiriminin karşı tarafça kabul edilmiş olması, uzlaşma konusu haline gelmesi ve akde dâhil olması gerekir. Bkz. BECKER Hermann, **Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch**, Obligationenrecht, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Art.184-551 OR, Band/Nr. VI/2, Stämpfli Verlag AG, Bern, 1934 (ZK), OR art.197 N 8. Öğretide savunulan ve baskın sayılabilecek *"bilgi açıklaması"* görüşüne göre ise nitelik bildirimi tek taraflı bir bilgi *(tasavvur)* açıklamasıdır. Bkz. von TUHR Andreas, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı**, Cilt: 1-2, (Çeviren: Cevat Edege), Yargıtay Yayınları, Olgaç Matbaası, Ankara, 1983, s. 169; HONSELL Heinrich, **Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil**, 10. überarbeitete Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2017, s. 97; CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, CO art.197 N 12, 16; STANISLAS, s. 109, 110; AMAUDRUZ, s. 60; CAVIN, Vente, s. 80, 81; TANDOĞAN, s. 166; SEROZAN, s. 204; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 28, 29.

[37] MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 254; Cour de cassation, Chambre civile 1, 8.2.2020, 18-21526 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021); Cour de cassation, Chambre civile 3, 25.1.1989, 87-15961 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021); Cour de cassation, Chambre civile 1, 23.5.1995, 93-17367 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021): *"... kolayca yapılacak bir tamirle ortadan kaldırılabilecek olan bir nitelik eksikliğinin bulunması durumunda ayıptan sorumluluk hükümleri uygulanmaz..."*.

[38] Cour de cassation, Chambre civile 3, 25.1.1989, 87-15961 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021). Fransız Yargıtayı, bu kararında, bir bozukluk nedeniyle taşınmazın geçici olarak kullanımını azaltan bir nitelik eksikliğinin, ayıptan sorumluluk kapsamında, bedel indirimi seçimlik hakkının kullanımına cevaz vermeyeceğini ifade etmiş ve istinaf mahkemesinin kararını bozmuştur *(L'existence d'un vice caché qui a comme conséquence pour l'acquéreur un trouble d'exploitation diminuant temporairement l'usage de l'immeuble ne justifie pas la condamnation des vendeurs, sur le fondement de l'article 1644 du Code civil, à la restitution partielle du prix).*

luluğuna başvurmak mümkün olmayacaktır. Bu durumda, her ne kadar satılan aşırı bir masrafı gerektirmese de, genel sözleşmesel sorumluluk uyarınca, gerçekleştirilmiş olan tamir giderlerinin satıcıdan talep edilmesi mümkündür.

B. Ayıbın Gizli Olması

Fransız Hukuku'nda, satıcının, genel olarak, alıcı tarafından bilinen ayıplarla açık ayıplardan *(vice apparent)* dolayı, ayıptan sorumluluğu bulunmamaktadır[39]. Nitekim, Fransız kanun koyucusu, FrMK m.1642 hükmünde[40], alıcının kendi başına fark edebildiği; başka bir deyişle, kimsenin yardımına başvurmadan anlayabildiği açık ayıplardan satıcının sorumlu olmadığını düzenlemiştir. O halde, alıcının ayıptan sorumluluğa başvurabilmesi için, ayıbın gizli olması *(vice "caché")* gerekir. Ayrıca, alıcı, satılandaki ayıbı tespit edebilmişse; diğer bir deyişle, satılandaki ayıpları biliyorsa, bu durumda, satılanı teslim almayarak reddetmesi gerekir. Aksi halde, satılanı içinde bulunduğu durumla birlikte teslim alan alıcı, açık ayıplarla birlikte satılanı kabul etmiş sayılır[41]. *Örneğin,* alıcının, renkleri solmuş bir giysiyi satın alması[42] veya su alan bir tekneyi bu haliyle kabul etmesi durumunda[43], satılanı açık ayıplarıyla birlikte kabul etmiş sayılır.

---

[39] BÉNABENT, Contrats, s. 180; PUIG, s. 366; MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 255; AMAUDRUZ, s. 76; Cour de cassation, Chambre commerciale, 5.2.1974, 72-12990 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021); Cour de cassation, Chambre civile 1, 7.1.1982, 80-16530 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021); Cour de cassation, Chambre civile 3, 10.9.2008, 07-17086 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021).

[40] **FrMK m.1642**: *"Satıcı açık ayıplar ile alıcının kendi başına tespit edebileceği ayıplardan sorumlu değildir (Le vendeur n'est pas tenu des vices apparents et dont l'acheteur a pu se convaincre lui-même)."*

[41] RAYNARD/SEUBE, s. 211, 212; MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 255; BÉNABENT, Contrats, s. 180; PUIG, s. 366.

[42] Cour de cassation, Chambre commerciale, 5.2.1974, 72-12990 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021): karara konu olan olayda, alıcı, güneşten sararmış bir manto satın alır. Giysinin mutat kullanımına göre, mantonun sararmış olduğu, henüz mağazada sergilenirken de görülebilmektedir. Bu sebeple, Fransız Yargıtayı mevcut nitelik eksikliğinin açık ayıp niteliğinde olduğuna karar verir ve temyiz talebini reddeder.

İsviçre-Türk Hukuku'nda, bir manto satışında, kötü bir ışıkta dahi fark edilebilen bir lekeyi alıcının fark etmemesi durumunda, TBK m.222 ve İsvBK m.200 uyarınca, satıcının ağır ihmalinin bulunduğundan hareketle, ayıptan sorumluluğunun mevcut olmadığı söylenmektedir. Bkz. BSK-HONSELL, OR Art.200 N 3; EREN, N 338.

[43] Cour de cassation, Chambre civile 1, 7.1.1982, 80-16530 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021): karara konu olan olayda, alıcı, satıcıdan bir adet eğlence teknesi satın almış, ancak, teknenin motor kompartımanından su sızdırdığı anlaşılmıştır. Söz konusu sorun, teknenin ilk deniz yolculuğunda batmasına neden olmuştur. Alıcı ise, ayıp sebebiyle sözleşmeden dönme hakkını kullanmıştır. Fransız Yargıtayı, alıcının, meslekten olmamasına rağmen, ayıbın açık niteliği gereği bu durumun farkına varmış olması gerektiğini belirterek, davayı reddetmiştir.

Bir ayıbın gizli veya açık olup olmadığı sorusunun cevabı her zaman kolay bir şekilde verilememektedir. Esasen bu sorun vakıaları ilgilendirir. Fakat, Fransız Yargıtayı, bu soruya cevap verebilmek için, bazı hukuki kriterler koymuştur. İlk olarak, ayıbın varlığı bilinse dahi, şayet ayıbın önemi ve sonuçları ölçülemiyorsa, satılandaki nitelik eksikliğinin bir gizli ayıp oluşturduğu kabul edilir. Bu durumda, sadece nitelik eksikliğinin varlığının bilinmesi yetmez, ayrıca, bunun *sebebinin (cause)*, *mahiyet* ve *kapsamının (amplitude)* da bilinmesi gerekir[44]. Fransız Yargıtayı, kullanılamayan bir piyanonun ufak bir onarımdan sonra çalışacağının söylenmesi; ancak, daha sonra piyanonun çalışmaması durumunda, bir gizli ayıbın varlığını kabul etmiştir[45]. İkinci olarak, ayıbın gizli olup olmadığının tespitinde, alıcının bilgisi önemli bir rol oynar. Zira, alıcının bildiği ayıplardan da satıcının sorumluluğu bulunmamaktadır[46]. O halde, satıcı, alıcı tarafından bilinen ayıplardan dolayı sorumlu tutulamayacağı gibi, bu durumda satıcının ayıptan sorumluluk borcunun doğmayacağı kabul edilmektedir. Alıcının satılandaki ayıbı bilmesi ihtimalinde, alıcıya teslim edilen satılan, aslında alıcının beklediği şekliyle ifa edilmiş olmaktadır. Alıcı tarafından bilinen ayıpların mutlaka açık ayıp olması gerekmez. Şayet alıcı, satılanda gizli bir ayıp olduğunu biliyorsa, bu ihtimalde de satıcının ayıptan sorumluluğuna başvuramaz. Satı-

---

44 BÉNABENT, Contrats, s. 180; PUIG, s. 366; Cour de cassation, Chambre civile 1, 8.2.2020, 18-21526 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021): *"... Ayıbın sebep, kapsam ve mahiyetinin biliniyor olması durumunda, ayıp, açık ayıp olarak nitelendirilir. Bu durumda, ayıbın gizli olma karakterinin değerlendirilmesi, alıcı tarafından edinilen bilginin kapsamına bağlıdır... (le vice n'est considéré comme apparent que s'il est connu dans sa cause et dans son amplitude, l'appréciation du caractère caché dépendant de l'ampleur des connaissances possédées par l'acquéreur)"*; Cour de cassation, Chambre civile 1, 25.11.2020, 19-18882 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021); Cour de cassation, Chambre civile 3, 14.6.1989, 87-19312 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021): *"... connaître les vices dans leurs causes et leur amplitude..."*; Cour de cassation, Chambre civile 3, 14.6.1989, 87-19312 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021); Cour de cassation, Chambre civile 1, 7.6.1995, 93-13060 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021); Cour de cassation, Chambre civile 3, 26.2.2003, 01-12750 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021): Fransız Yargıtayı, kararda, alıcıların en temel ihtimamı göstermeleri halinde, ayıbın nitelik ve kapsamını, satıştan önce öğrenebilecek olmalarından hareketle, olayda gizli bir ayıbın bulunmadığına karar vermiştir.

45 Cour de cassation, Chambre civile 1, 16.2.198314, 82-10348 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021): satışa sunulan piyanonun akordunun yapılıp, onarılmasının ardından çalışacağı söylenmiş; ancak, yapılan bilirkişi incelemesinde, piyanonun onarılamaz olduğu anlaşılmıştır. Mevcut olayda, Fransız Yargıtayı, piyanoda bir ayıbın varlığının bilinmesine rağmen, neticesinin öngörülemiyor olmasından dolayı, gizli ayıbın varlığını kabul etmiş ve davacının sözleşmeden dönme talebini kabul etmiştir.

46 BÉNABENT, Contrats, s. 180; MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 255; PUIG, s. 367; Cour de cassation, Chambre civile 3, 26.2.2003, 01-12750 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021).

landa mevcut olan nitelik eksikliğini, satış sözleşmesi henüz akdedilmeden, alıcı, kendisi fark etmiş olabileceği gibi; satıcı veya bir uzman bilirkişi tarafından da satılanda bir ayıp bulunduğu alıcıya bildirilmiş olabilir[47].

Satıcı, yalnızca satılanda bulunan gizli ayıplardan sorumludur. Gizli ayıplar ise, alıcının kendi başına tespit edemediği ayıplar ile varlığından haberdar olmadığı ayıplardan oluşur[48]. Hangi ayıbın gizli hangisinin açık olduğu ise göreceli bir kavramdır. Bu açıdan ayıbın açık olma karakteri iki unsura bağlıdır: ***(i)*** niteliği gereği, alıcı tarafından tespit edilen açık ayıplar[49], ***(ii)*** açık ayıp olmasa bile, alıcı tarafından bilinen diğer ayıplar. Bu sebeple, Fransız Hukuku'nda gizli ayıp kavramı, alıcının niteliği açısından ayrı ayrı incelenmektedir. Belirtmek gerekir ki, satıcının ayıptan haberdar olup olmaması, kural olarak önem taşımaz. Zira, satıcı, FrMK m.1643 uyarınca, satılandaki nitelik eksikliklerini bilmese dahi, yani iyi niyetli olarak kabul edilse bile, ayıplardan sorumludur. Öte yandan, FrMK m.1645 uyarınca, ayıptan haberdar olmayan; yani, satılanda bir ayıp bulunmadığı konusunda iyiniyetli olan satıcının, ayrıca alıcıya karşı tazminat sorumluluğu bulunmamaktadır[50]. Keza, satıcının herhangi bir ayıbın bulunmadığı konusunda iyiniyetli olması ihtimalinde, ayıptan sorumluluk konusunda akdedilmiş olan sorumsuzluk anlaşmaları *(clause exonératoire de responsabilité)* geçerliğini korumaktadır[51].

---

47 MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 255; Cour de cassation, Chambre civile 3, 27.9.2006, 05-12873 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021); Cour de cassation, Chambre civile 3, 26.2.2003, 01-12750 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021): Davaya konu olayda, emlak komisyoncusu, taşınmazın çatısında bir beyaz karınca istilasının mevcut olduğu konusunda alıcıların dikkatini çekmiş ve ihtiyaç duymaları halinde bir uzamana inceletmelerinin gerekli olabileceğini belirtmiştir. Şu hâlde, artık, ayıbın gizli olduğu söylenememektedir. Zira, alıcıların gösterilmesi gereken en temel özeni göstermiş olmaları durumunda, ayıbın mahiyet ve kapsamını öğrenmeleri mümkündür.

48 BÉNABENT, Contrats, s. 180; MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 255; PUIG, s. 366, 367.

49 *Örneğin* bkz. Cour de cassation, Chambre civile 3, 10.9.2008, 07-17086 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021): Bir belediyenin satın aldığı arsanın, 1945 yılından beri endüstriyel metal atıkları nedeniyle kirli bir vaziyette bulunması durumunda, mevcut olayda açık bir ayıbın bulunduğu kabul edilmiştir.

50 MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 255. *Örneğin* bkz. Cour de cassation, Chambre civile 1, 26.9.2012, 11-20275 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021): *"... meslekten satıcı satılandaki ayıbı bilmediğini ileri süremeyeceği gibi, ayıplı malın yol açtığı zararları da tazmin etmek zorundadır..."*; Cour de cassation, Chambre civile 3, 26.2.2003, 01-12750 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021): Alıcıların en temel ihtimamı göstermeleri halinde, ayıbın nitelik ve kapsamını, satıştan önce öğrenebilecek olmalarından hareketle, iyiniyetli olmadıkları anlaşılmış ve söz konusu ayıbın, tazminat talebine vücut vermeyecek bir gizli ayıp olduğuna karar verilmiştir.

51 MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 255; RAYNARD/SEUBE, s. 211; Cour de cassation, Chambre civile 3, 10.9.2008, 07-17086 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021); Cour de cassation, Chambre civile 3, 25.6.2015, 13-17254 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021).

Nitekim, İsviçre-Türk Hukuku'nda da benzer bir sonuca varılmaktadır. TBK m.222/f.I (İsvBK m.200/f.I) hükmünde, satıcının satış sözleşmesinin kurulduğu sırada alıcı tarafından bilinen ayıplardan sorumlu olmadığı açıkça düzenlenmiştir. Öte yandan, TBK m.222/f.II (İsvBK m.200/f.II) hükmünde satıcının, ayrıca üstlenmemişse, alıcının yeterince gözden geçirmekle görebileceği ayıplardan da sorumlu olmadığı ifade edilmiştir. İsviçre-Türk kanun koyucusu, söz konusu hükümle, alıcının ayıpları bildiği *(müspet bir şekilde)* veya bilmesinin mümkün olduğu *(farazi veya varsayılan şekilde)* hallerde bir kabul faraziyesi düzenlemiş ve böylece, bu hallerde ayıptan sorumluluğa başvurulamayacağını öngörmüştür[52]. *İlk olarak,* alıcı, sözleşmenin kurulması sırasında satılandaki ayıbı müspet şekilde biliyorsa, ayıptan doğan haklarını kaybetmektedir. İsviçre Federal Mahkemesi[53] müspet bir şekilde ayıbın varlığından haberdar olunması için, alıcının yalnızca ayıbı veya görünüşteki izlerini tespit etmiş olmasını yeterli görmemekte, ayrıca ayıbın ağırlık ve derecesi ile, olası sonuçlarından da haberdar olunması gerektiği belirtmektedir. Bu sonuç, ayıbın bilindiğinin kabul edilebilmesi için, ayıbın kapsam ve mahiyeti ile olası sonuçlarının da bilinmesi gerektiğini ifade eden Fransız Yargıtayı'nın içtihatlarıyla uyumludur[54]. *İkinci olarak,* İsviçre-Türk kanun koyucusu, TBK m.222/f.II hükmünde yeterince gözden geçirmekle görülebilecek olan *(açık)* ayıplardan, satıcının ayrıca üstlenmemişse sorumlu olmayacağını öngörmüştür[55]. TBK m.222/f.II hükmünde ifade edilen *"yeterince*

---

[52] Söz konusu *kabul faraziyesi (fiction d'acceptation - Genehmigungsfiktion)* için bkz. HONSELL Heinrich, **Basler Kommentar**, Obligationenrecht I, Art.1-529 OR, (Hrsg. Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand), 6. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2015 (BSK), OR Art.200 N 1; CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, CO art.200 N 1; TERCIER/BIERI/CARRON, N 696-698.

[53] İsvFM, ATF 66 II 234 = JdT 1941 I 139; ATF 95 II 119 = JdT 1970 I 238; 13.5.1981, SJ 1981 569; 6.12.1985, SJ 1986 612: *"... Alıcının ayıbı bilmesi şu şekilde tanımlanabilir: alıcı ayıbın yalnızca bütün kapsam ve derecesini öğrendiği ve satılandaki nitelik eksikliğini normal bir şekilde hesaplayabileceği andan itibaren, alıcının ayıbın varlığını bildiği kabul edilebilir. Bu durumda alıcının ayıbın etkilediği satılandaki değer eksikliğinin de farkında olması gerekir..."*. Aynı görüşte bkz. BSK-HONSELL, OR Art.200 N 2; AMAUDRUZ, s. 74; BK-BECKER, OR Art.200 N 1; PEDRAZZINI Franco, **La dissimulation des défauts dans les contrats de vente et d'entreprise**, Éditions Universitaires Fribourg Suisse, Fribourg, 1992, N 1001.

[54] Fransız Yargıtayı'nın ilgili kararları için bkz. Cour de cassation, Chambre civile 3, 14.6.1989, 87-19312 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021): *"... connaître les vices dans leurs causes et leur amplitude..."*; Cour de cassation, Chambre civile 3, 14.6.1989, 87-19312 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021); Cour de cassation, Chambre civile 3, 26.2.2003, 01-12750 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021).

[55] Söz konusu hükmün iyiniyet (TMK m.3/f.II) ilkesinin yalın bir uygulaması olduğu yönünde bkz. CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, CO art.200 N 6; TERCIER/BIERI/CARRON, N 698; EREN, N 339.

gözden geçirme yükümlülüğü" ile *"gözden geçirme külfetini"* karıştırmamak gerekir[56]. Mehaz kanunda, İsvBK m.200/f.II hükmünün Almanca metninde, bu durum *"olağan dikkati göstermiş olsaydı bilebileceği ayıp"* şeklinde; Fransızca metninde ise *"yeterli dikkatle satılanı inceleyerek fark edebileceği ayıp"* şeklinde düzenlenmiştir[57]. O halde, söz konusu hüküm, mehaz kanuna uygun şekilde, *"alıcının sözleşmenin kurulduğu sırada olağan ve alışıldık bir dikkat ve özenle satılanı basit bir şekilde incelemesi"* şeklinde okunmalı ve aksi halde, satıcının ayıptan sorumlu olmadığı kabul edilmelidir[58]. Ayrıca, söz konusu inceleme, gözden geçirme külfetinden farklı olarak, satılanın teslimi anında değil; sözleşme kurulmadan önce yahut en geç sözleşmenin kurulduğu sırada gerçekleştirilmelidir[59].

Belirtmek gerekir ki, TBK m.222/f.II (İsvBK m.200/f.II) hükmü de, Fransız Hukuku'yla uyumludur. Zira, Fransız Hukuku'nda da, alıcının satış sözleşmesini akdettiği anda, bildiği veya bilebileceği ayıplardan *(yani, alıcının kötü niyetli sayılacağı ayıplar açısından)*, satıcının sorumlu olmayacağı kabul edilmektedir. Fransız Yargıtayı'nın içtihatlarında, ayıbın alıcı tarafından bilinip bilinmediğinin tespitinde, meslekleri icabı satış sözleşmesini akdeden *(meslekten)* alıcılar ile satış sözleşmesini meslek icabı akdetmemiş olan *(tesadüfi)* alıcılar açısından; ayrıca, satılanın niteliği bakımından bir ayrım yapmaktadır.

---

[56] BK-GIGER, OR Art.200 N 16; TERCIER/BIERI/CARRON, N 696; CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, CO art.200 N 7; EREN, N 338; ATAMER Yeşim, "Taşınır Satımı Sözleşmesi", **Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler - Tebliğler**, (Derleyen: Murat İnceoğlu), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 187-222, s. 200; İsvFM, 13.5.1981, SJ 1981 569.

[57] İsvBK m.200/f.II: *"... aurait dû s'apercevoir lui- même en examinant la chose avec une attention suffisante..."*; *"... bei Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit hätte kennen sollen..."*

[58] CAVIN, Vente, s. 84; TERCIER/BIERI/CARRON, N 698; CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, CO art.200 N 7; TANDOĞAN, s. 174; EREN, N 338; ATAMER, s. 200, 201; İsvFM, ATF 95 II 119 = JdT 1970 I 238; ATF 66 II 234 = JdT 1941 I 139; 13.5.1981, SJ 1981 569; İsvFM, 14.2.2008, 4A_417/2007; YHGK, T. 24.5.2017, E. 2017/13-678, K. 2017/963 (www.kazanci.com, Erişim: 01.02.2021): *"... Burada gözden geçirmeden kasıt, olağan bir muayenedir. Olağan gözden geçirme, malın alınırken kabaca gözden geçirilmesidir. Satım konusu malda gözden geçirme sırasında ilk bakışta görülebilecek olan ayıplar mevcut ve alıcı malı bu hali ile satın almaya kabul etmiş ise alıcının ayıbı kabul ettiği varsayılır satıcı bu ayıptan sorumlu tutulamaz..."*.

[59] TERCIER/BIERI/CARRON, N 696; BK-GIGER, OR Art.200 N 6; CAVIN, Vente, s. 84; CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, CO art.200 N 7; İsvFM, 13.5.1981, SJ 1981 569; ATF 135 III 145 = JdT 2007 I 261 = SJ 2005 I 321.

a. Meslekten alıcılar ve tesadüfi alıcılar

Fransız Yargıtayı'nın içtihatlarında, meslekleri icabı satış sözleşmesini akdeden *(meslekten)* alıcılar ile satış sözleşmesini meslek icabı akdetmemiş olan *(tesadüfi)* alıcılar, aynı hukuki rejime tabi kılınmamıştır. Bu durumda, Fransız Hukuku'nda ayıbın bilinip bilinmediğinin tespitinde ikili bir ayrım yapılmaktadır.

Meslekten olmayan tesadüfi (profane) alıcılar açısından: Şayet alıcı, satılanı tanımaya imkân verecek şekilde mesleki ve teknik tecrübeye sahip değilse, hâkim, ayıbın gizli olduğunu daha kolay bir şekilde kabul etmektedir[60]. Zira, tesadüfi alıcılar ile meslekten alıcıların göstermesi gereken özen ölçüsü aynı değildir. Meslekleri icabı satış sözleşmesini akdetmemiş olan alıcılar, satılanı alırken, yalnızca kendi şahsi becerilerinin yardımıyla, normal bir inceleme yükümlülüğü altındadır[61]. Alıcı, normal bir şekilde, kendisinden beklenebilecek ölçüde malı incelemek zorundadır. Bu durumda, alıcıdan, ayıbı kolayca tespit edebilmek amacıyla, bir uzmanın veya bilirkişinin yardımından faydalanması beklenemez[62]. Buna karşın, satılanda yer alan bir ayıbın ancak bir uzman veya bilirkişi marifetiyle tespit edilebilecek olması, ayıbın gizli olduğu gösterir[63]. Keza, alıcının, satış sözleşmesini meslek icabı

---

60 BÉNABENT, Contrats, s. 180; MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 256; PUIG, s. 366; Cour de cassation, Chambre civile 3, 10.7.2013, 12-17349 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021); Cour de cassation, Chambre civile 3, 21.7.1998, 96-21503 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021); Cour de cassation, Chambre civile 3, 26.2.1980, 78-15556 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021); Cour de Cassation, Assemblée plénière (Genel Kurul), 27.11.2006, 05-18977 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021).

61 RAYNARD/SEUBE, s. 212; BÉNABENT, Contrats, s. 180; PUIG, s. 366; Cour de cassation, Chambre civile 1, 19.10.2004, 01-15973 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021); Cour de cassation, Chambre civile 1, 26.9.2012, 11-22399 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021): karara göre, örneğin bir tekne satışında, alıcının satış sözleşmesini akdetmeden önce denize açılması gerekmemektedir.

62 MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 256; RAYNARD/SEUBE, s. 212; BÉNABENT, Contrats, s. 180; Cour de cassation, Chambre civile 1, 3.11.2011, 10-21052 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021); Cour de cassation, Chambre civile 1, 26.9.2012, 11-22399 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021); Cour de Cassation, Assemblée plénière (Genel Kurul), 27.11.2006, 05-18977 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021): Satış sözleşmesinin akdedilmesinden önce, tahta kurularının satış sözleşmesine konu bağımsız bölümün çerçevelerini ve çatı bölümündeki karoları tamamen sardığı bilirkişi raporuyla tespit edilmiştir. Söz konusu böcek istilasının tespiti mümkün olmakla beraber, oldukça zordur. Fransız Yargıtayı'nın Genel Kurulu önüne gelen olayda, alıcıların, satış sözleşmesinin akdedilmesinden önce bir uzmandan yararlanma yükümlülüğünün bulunmadığı ifade edilmiştir.

63 BÉNABENT, Contrats, s. 181; PUIG, s. 367; RAYNARD/SEUBE, s. 212, 213; Cour de Cassation, Assemblée plénière (Genel Kurul), 27.11.2006, 05-18977 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021); Cour de cassation, Chambre civile 1, 7.6.1995, 93-13060

akdetmiyor olması, satılanı teslim alırken hiç özen göstermeyeceği anlamına gelmez. Bu durumda, alıcı, örneğin, malları boşaltarak, aleti çalıştırarak, otomobili deneyerek satılanı incelemeli ve basit bir şekilde muayene etmelidir.

Elbette, gözle görülen veya ilk bakışta derhal fark edilebilen ayıpların açık ayıp olduğu kesindir. Bu durumda, artık ayıbın gizli olduğu ileri sürülemez. Fakat *"açık ayıp (vice apparent)"* kavramı çok daha geniş bir kavramdır. Basit bir muayene ile fark edilebilen ayıplar da bu kapsamdadır. Şayet, alıcı meslekten değilse, basit bir muayene ile fark edilebilen ayıpların açık ayıp olmadığı daha kolay bir şekilde kabul edilebilecektir. Zira, satış sözleşmesini meslek icabı akdetmemiş olan alıcının, daha az tecrübeli olduğu ve göstermesi gereken özen derecesinin daha az olduğu varsayılmaktadır[64].

Meslekten (professionnel) alıcılar açısından: Meslekten alıcılar açısından, ayıbın gizli olma şartı, sözleşmeyi meslekleri icabı akdetmeyen tesadüfi alıcılara nazaran daha sıkı koşullara tabi kılınmıştır[65]. Meslekten alıcılar açısından, satış sözleşmesini akdeden alıcının, satılandaki ayıbı bildiği ve en geç sözleşmenin kurulduğu sırada, söz konusu nitelik eksikliklerinin farkına vardığı yönünde bir karinenin *(présomption de connaissance/découverte du vice)* mevcut olduğu kabul edilmektedir[66]. Bu sonucun sağlanabilmesi için,

---

(www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021). Öte yandan, bir uzman görevlendirilmiş olsa bile, bu durum tek başına alıcının ayıbın varlığını bildiğini göstermez. Bkz. BÉNABENT, Contrats, s. 181; Cour de cassation, Chambre civile 1, 6.7.1999, 97-15351 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021).

64 RAYNARD/SEUBE, s. 212; MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 256; BÉNABENT, Contrats, s. 180, 181; PUIG, s. 366, 367.

65 BÉNABENT, Contrats, s. 181; MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 256, 257; RAYNARD/SEUBE, s. 212; Cour de cassation, Chambre civile 1, 18.12.1962, Bulletin civile N 308 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021); Cour de cassation, Chambre commerciale, 16.12.1981, 80-12216 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021); Cour de cassation, Chambre commerciale, 16.12.1981, 80-12216 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021); Cour de cassation, Chambre commerciale, 5.2.1984, 83-13824 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021); Cour de cassation, Chambre civile 3, 13.12.2000, 98-23064 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021); Cour de cassation, Chambre commerciale, 12.11.2020, 17-31713 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021).

66 MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 256; RAYNARD/SEUBE, s. 212; PUIG, s. 367; BÉNABENT, Contrats, s. 181; AMAUDRUZ, s. 91. Fransız Yargıtayı, 1962 tarihli önemli bir kararında, bir çiftçinin bir galericiye sattığı bir traktörün ihtiva ettiği ayıpların, alanında uzman olan galerici tarafından kolayca tespit edilebileceğini belirtmiş ve olayda bir gizli ayıbın mevcut olmadığına karar vermiştir. Keza, olayda ayıbın neticeleri de, motorun mutat kullanımına dairdir. Bkz. Cour de cassation, Chambre civile 1, 18.12.1962, Bulletin civile N 308

alıcının satıcıyla aynı alanda faaliyet göstermesi, başka bir deyişle, mesleki açıdan aynı niteliklere ve özelliklere sahip bulunması gerekir[67]. Satıcıyla aynı alanda faaliyet gösterme şartı ise, kesin kriterlere bağlanmamıştır[68]. Bu durumda, her somut olay açısından ayrı bir değerlendirme yapılmalıdır. Alıcının, satıcıyla aynı alanda uzman olan, tecrübeli veya iyi yetişmiş çalışanlara sahip büyük bir şirket olması ya da en azından satıcı kadar bilgi birikimine sahip bulunması bu şartın sağlanması açısından yeterlidir. Meslekten alıcı, şayet satıcıyla aynı alanda faaliyet gösteriyorsa, satılanı teslim alırken, tesadüfi alıcının aksine, olağan değil; daha detaylı ve titiz bir muayene ve inceleme yapmakla yükümlüdür[69]. Zira, bu durumda alıcının, satılanın niteliklerini değerlendirerek, satılandaki ayıpları kolaylıkla tespit edebilecek bir durumda bulunduğu ve genellikle, satılanı teslim alırken detaylı bir incelemede bulunarak, satılandaki ayıpları tespit etmiş bulunduğu varsayılır.

Satıcıyla aynı alanda faaliyet gösteren meslekten alıcı aleyhine kurulmuş olan ayıpları bildiği yönündeki karine mutlak *(irréfragable)* değildir[70]. Meslekten alıcının satılandaki ayıpları bildiği yönündeki kabul, aksi ispat

---

(www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021). Fransız Yargıtayı'nın, meslekten alıcının satılandaki ayıpları bilmesi gerektiği yönünde pek çok kararı bulunmamaktadır. Bkz. Cour de cassation, Chambre civile 3, 13.12.2000, 98-23064 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021); Cour de cassation, Chambre commerciale, 16.12.1981, 80-12216 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021); Cour de cassation, Chambre commerciale, 5.2.1984, 83-13824 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021); Cour de cassation, Chambre commerciale, 12.11.2020, 17-31713 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021): *"... kendi mesleki faaliyetleri için ve bu kapsamda bir mal satın alan alıcının, satılanın kullanımını etkileyen ayıpları bildiği karine olarak varsayılır..."*

67 MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 256, 257; RAYNARD/SEUBE, s. 213; Cour de cassation, Chambre commerciale, 19.3.2013, 11-26566: *"... alıcı ve satıcının her ikisi, ayıbı tespit etmek konusunda aynı teknik becerilere sahip, aynı alanda faaliyet gösteren kişiler değildir..."*; Cour de cassation, Chambre civile 1, 20.12.1983, Bulletin civile N 481 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021). Fransız Yargıtayı profesyonel bir kamyon sürücüsünün kamyonunu bir galericiye satması durumunda, alıcının satıcıyla aynı mesleki özelliklere sahip olduğunu belirtmiştir. Bkz. Cour de cassation, Chambre commerciale, 5.11.1965, 83-13824 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021).

68 Fakat, bu koşul öğretide çok katı olması sebebiyle eleştirilmektedir. Bkz. MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 256.

69 RAYNARD/SEUBE, s. 212; PUIG, s. 367; MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 257. Bir armatör ile gemi yüklenicisinin aynı alanda faaliyet gösterdiğinin kabul edilebilmesine kaşın, bir uçak üreticisi (Airbus) ile bir havayolu şirketinin (Air France) aynı alanda faaliyet gösteren meslekten kişiler olduğu kabul edilmemektedir. Bkz. MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 256, dn. 25.

70 BÉNABENT, Contrats, s. 181; PUIG, s. 367; RAYNARD/SEUBE, s. 212; MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 256, 257; Cour de cassation, Chambre commerciale, 12.11.2020, 17-31713 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021).

edilebilen, *"basit (adi) karine (présomption simple)"* olarak adlandırılmaktadır. Meslekten alıcının, kendi mesleki tecrübesine rağmen, ayıbın kendisi açısından gizli bir ayıp olduğunu ve satılandaki ayıplardan haberinin olmadığını ispat etmesi mümkündür[71]. İki halde, meslekten alıcı, ayıpları bildiği yönündeki karinenin aksini ispat edebilir ve bu karineyi tersine çevirebilir. Zira, bu hallerde artık alıcının mesleki bilgi birikimi ve tecrübesi, satılandaki nitelik eksikliklerini tespit edebilmek açısından yeterli değildir. Bu haller şunlardır:

Şayet, satılanda (muayeneyle) tespit edilemeyecek bir ayıp (vice indécelable) mevcutsa, mesleği icabı satış sözleşmesini akdeden alıcı, ayıbın bu niteliğini öne sürerek, satılandaki ayıbı bildiği yönündeki karineyi tersine çevirebilir[72]. Alıcı her ne kadar alanında tecrübeli olsa da, satılanda alıcının tecrübesine ve bilgi birikimine rağmen, detaylı bir incelemeyle dahi tespit edilemeyecek bir ayıp söz konusudur. Bu durumda, satılandaki ayıp, mesleği icabı bir satış sözleşmesi akdeden alıcı tarafından değil, yalnızca oldukça tecrübeli ve alanında uzman bir bilirkişi tarafından tespit edilebilecek durumdadır. Demonte edilmeden veya satılana zarar verilmeden anlaşılamayan ayıplar böyledir. Öte yandan, satılanı bir müddet elinde bulunduran satıcıya nazaran, alıcı sadece satış sözleşmesinin akdedildiği anda satılanı kontrol edebilme imkanına sahip olmaktadır. Bu sebeple, ayıbın bilindiği yönündeki karine, alıcı açısından değil, artık tersine dönerek, satıcı açısından sonuç doğurmaktadır.

Şayet, satıcı, satılandaki ayıbı hile ile kasten (dol) gizlemişse, artık alıcının satılandaki eksikliğini bildiği karine olarak kabul edilemez[73]. Bu du-

---

[71] Şayet, meslekten alıcının, ayıpları bildiği yönündeki karine, mutlak olarak kabul edilseydi, meslekleri icabı satış sözleşmesi akdeden alıcıların, ayıptan sorumluluk rejimine başvurmaları mümkün olmazdı. Bkz. BÉNABENT, Contrats, s. 181.

[72] RAYNARD/SEUBE, s. 212; BÉNABENT, Contrats, s. 181; MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 257; PUIG, s. 367; Cour de cassation, Chambre commerciale, 12.11.2020, 17-31713 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021): *"... kendi mesleki faaliyetleri için ve bu kapsamda bir mal satın alan alıcının, satılanın kullanımını etkileyen ayıpları bildiği karine olarak varsayılır. Alıcı bu karineyi kendi mesleki niteliklerine rağmen satılanda tespit edilemeyecek bir ayıp olduğunu ileri sürerek tersine çevirebilir... (l'acheteur professionnel qui fait l'acquisition d'une chose dans et pour l'exercice de sa profession est présumé connaître le vice qui en affecte l'usage et ne peut renverser cette présomption qu'en démontrant qu'il était indécelable malgré sa qualité de professionnel)"*

[73] MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 257; RAYNARD/SEUBE, s. 212; Cour de cassation, Chambre civile 3, 13.12.2000, 98-23064 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021): *"... satıcının hilesinin mevcut olması durumunda, alıcı hakkındaki ayıbı bildiği yönündeki karine ortadan kalkar... (la présomption de connaissance des vices de la chose qui pèse sur l'acheteur professionnel cède en cas de dol du vendeur)".*

rumda, alıcı her ne kadar alanında uzman dahi olsa, satılandaki ayıbın hile ile gizlenmesi sebebiyle, artık ayıbın tespit edilmesi oldukça zordur. Bu durumda, her ne kadar, satılandaki ayıp, bir açık ayıp olsa da, satıcının hileli davranışı sebebiyle, ayıptan sorumluluğu devam etmektedir. Ayıbın kasten gizlenmesi, İsviçre Türk Hukukunda olduğu gibi, ayıptan sorumlulukta satıcının sorumluluğunu sınırlandıran bütün unsurların ortadan kalkmasını sağlar.

İsviçre-Türk Hukuku'nda, alıcının kasten ayıbı gizlemesinin pek çok hukuki sonucu olsa da, konumuz açısından en önemlisi, alıcının satılanı yeterince gözden geçirmekle görebileceği *açık ayıplar* açısından satıcının sorumluluğunun bulunmadığını düzenleyen TBK m.222/f.II (İsvBK m.200/f.II) açısındandır. Öğretide savunulan hâkim görüşe göre[74], TBK m.222/f.II, alıcının *ağır ihmalini* düzenlemektedir. Bu durumda, alıcının basit ve olağan bir dikkat sonucu öğrenebileceği bir ayıbı, ağır ihmali neticesinde fark etmemesi durumunda, alıcı satıcının ayıptan sorumluluğuna başvurma imkânını yitirmektedir. TBK m.222/f.II hükmü, esasen konuyu daha ayrıntılı şekilde düzenleyen Alman Medeni Kanunu (BGB) §442 (eski BGB §460) hükmüne dayanmaktadır[75]. BGB §442 hükmünde satıcının sözleşmenin akdedilmesi esnasında alıcı tarafından bilinen ayıplardan sorumlu olmadığı ifade edildikten sonra, alıcının *ağır ihmali* sonucunda bilinmeyen ayıplardan, satıcının ancak ayrıca üstlenmişse yahut hile ile ayıbı gizlemişse sorumlu olacağı öngörülmüştür[76]. O halde, satıcının ayıbı hile *(dol)* ile kasten gizlemesi durumunda, ayrıca üstlenilmemiş olsa dahi, alıcının gerekli özeni göstererek bilebileceği ayıplardan satıcının yine de sorumlu olduğu kabul edilmektedir. Bu husus açıkça TBK m.222 (İsvBK m.200) hükmünde düzenlenmemiş olsa da, BGB §442 hükmüne paralel şekilde İsviçre Federal

---

74 FURRER Rolf, **Beitrag zur Lehre der Gewährleistung im Vertragsrecht**, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1973, s. 59; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, OR Art.200 N 3; BSK-HONSELL, OR Art.200 N 3; PEDRAZZINI, N 1009; BK-GIGER, OR Art.200 N 18; KELLER/SIEHR, s. 80; EREN, N 338; İsvFM, 20.5.2014, 4A_619/2013. Kanun koyucunun yalnızca alıcının ayıbın varlığını bilmesinin mümkün olması olgusuna atıf yaptığı ve ağır kusur şartını aramadığı görüşünde bkz. CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, CO art.200 N 7.

75 AMAUDRUZ, s. 74; BSK-HONSELL, OR Art.200 N 3; PEDRAZZINI, N 1029, 1030. BGB §442 hükmünde satıcının sözleşmenin akdedilmesi esnasında alıcı tarafından bilinen ayıplardan sorumlu olmadığı ifade edildikten sonra, alıcının *ağır ihmali* sonucunda bilinmeyen ayıplardan, satıcının ancak ayrıca üstlenmişse yahut hile ile ayıbı gizlemişse sorumlu olacağı öngörülmüştür. Ayrıntılı bilgi için bkz. BROX Hans / WALKER Wolf-Dietrich, **Besonderes Schuldrecht**, 43. aktualisierte Auflage, Verlag C.H.Beck, München, 2019, §4 N 37.

76 Ayrıntılı bilgi için bkz. BROX/WALKER, §4 N 37.

Mahkemesi tarafından kabul edilmiş[77] ve öğretide[78] de oy birliğiyle benimsenmiştir. Bu sonuç, satıcının kasten ayıbı gizlemesi karşısında, ağır ihmali bulunan alıcının daha fazla korunmaya değer olduğu varsayımına dayanmaktadır[79]. Özetle, satıcının ayıbı kasten gizlemesi durumunda, alıcının basit bir incelemeyle fark edebileceği açık ayıplardan dahi sorumlu olması, İsviçre-Türk Hukuku'na paralel şekilde, Fransız Yargıtayı'nın kararlarında da kabul edilmiştir.

Son olarak, Fransız Hukuku'nun aksine, Türk Ticaret Kanunu (TTK) m.23/f.Ib.c hükmünde, kanun koyucu, satılandaki ayıp açıkça belli ise; başka bir deyişle, satılanda bir açık ayıp mevcutsa, alıcının satılanı iki gün içinde gözden geçirmek ve ayıpları aynı süre içinde satıcıya bildirmekle yükümlü olduğunu düzenlemiştir[80]. Böylece, kanun koyucu, TBK m.222 hükmünün aksine, ticari satışlarda, satıcının teslim anında açıkça görülebilen ayıplardan da sorumlu olduğunu öngörmüştür. Oysa, Fransız Hukuku'nda ticari veya adi satış ayrımı yapılmaksızın, satıcının açık ayıplardan sorumlu olmadığı düzenlenmiştir. Buna ilave olarak, meslekten alıcı, mesleği icabı satış sözleşmesini akdetmemiş olan tesadüfi alıcıya nazaran, daha katı bir rejime tabi tutulmuştur.

b. Satılanın niteliği

Ayıptan sorumluluk rejimi çoğunlukla sınai *(endüstriyel)* ürünlere tatbik edilse de, kural olarak, satış sözleşmesinin konusunu oluşturan her türlü satılan açısından uygulanma kabiliyetine sahiptir[81]. Satılanın taşınmaz, hayvan veya tabi ürün olması önem arz etmez. Buna karşın, Fransız Hukuku'nda, 1838 yılından günümüze değin, hayvan satışında özel bir ayıptan

---

77 İsvFM, 20.5.2014, 4A_619/2013; 30.6.2005, 4C.7/2005; 13.7.2005, 4C.16/2005 = RNRF 88/2007, s. 281; İsvFM, ATF 66 II 132 = JdT 1940 I 554. Söz konusu istisna, kanunda öngörülmemiş olsa da, İsviçre Federal Mahkemesi'nin ATF 66 II 132 = JdT 1940 I 554 numaralı ilke kararıyla kabul edilmiştir. Ayrıca bkz. PEDRAZZINI, N 1013 vd.

78 CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, CO art.200 N 8; CAVIN, Vente, s. 85; PEDRAZZINI, N 1013; BSK-HONSELL, OR Art.200 N 4; TERCIER/BIERI/CARRON, N 698; KELLER/SIEHR, s. 81; TANDOĞAN, s. 174; EREN, N 339. *Alman Hukuku* açısından bkz. BROX/WALKER, §4 N 37.

79 CAVIN, Vente, s. 85; PEDRAZZINI, N 1018 vd.; İsvFM, ATF 66 II 132 = JdT 1940 I 554.

80 TTK m.23/f.Ib.c hükmünde düzenlenen iki ve sekiz günlük bildirim süresi içinde ayıpların *"derhal"* satıcıya bildirilmesi gerektiği yönünde bkz. EREN, N 365.

81 MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 257. Tabi ürünler açısından bkz. Cour de cassation, Chambre civile 1, 11.3.1980, 78-215511 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021): *"... tabi ürünlerin ticaretinde uzmanlaşmış bir şirket, kendi faaliyetleri ve uzmanlığı neticesinde, satılandaki ayıpları bilmek zorundadır..."*

sorumluluk rejimi öngörülmüştür. Fransız Köy Kanunu *(Code rural)* m. L213-1 vd. hükümlerinde, hayvanlarda bulunan hangi nitelik eksikliklerinin ayıp olarak nitelendirileceği liste şeklinde açıkça düzenlenmiş; ayıptan sorumlulukta alıcının hakları, satıştan itibaren işlemeye başlayan 10 ve 30 gün gibi kısa sürelere tabi kılınmıştır[82]. Benzer şekilde, İsviçre-Türk Hukuku'nda, TBK m.224 ve İsvBK m.202'de, satıcının ayıptan sorumlu olacağı sürenin yazılı olarak belirlenmemiş olması veya hayvanın gebeliğine dair bir ayıbın bulunmaması durumunda, dokuz günlük bir ayıp bildirim süresi öngörülmüş; ek olarak, hayvanın bilirkişilerce gözden geçirilmesinin aynı süre içinde yetkili makamdan istenmesi zorunlu kılınmıştır.

Öte yandan, Fransız Hukuku'nda, ayıptan sorumluluk rejiminin, şirket paylarının satışında, yalnızca payın temsil ettiği ortaklık hakları ve pay senedi açısından uygulanması mümkündür. Şirketin malvarlığına ya da borçlarına dair nitelik eksiklikleri ayıptan sorumluluk kapsamına girmez; zira, bu durum, devredilen ortaklık haklarını değil, şirketi ilgilendirir[83]. Buna karşın, ayıptan sorumluluk rejiminin, ortaklık hakimiyetinin *(kontrolünün)* devrinde -örneğin şirket paylarının çoğunluğunun devri-, şirketin ekonomik faaliyetlerini engelleyen veya şirketin ekonomik verimliliğini azaltan ayıplar açısından da uygulanması gerektiği kabul edilmektedir[84]. Aynı şekilde, ayıptan

---

[82] Belirtmek gerekir ki, öğretide, Fransız Köy Kanunu'nun L213-1 vd. hükümlerinde düzenlenen ayıplardan birinin bulunmaması veya kısa sürelerin kaçırılması durumunda, genel hüküm uyarınca, satıcının ayıptan sorumluluğuna başvurulabileceği savunulmaktadır. Bkz. PUIG, s. 364. Öte yandan, Fransız Yargıtayı, taraflar aksini kararlaştırmadıkça, evcil hayvan satışında genel hükümlere başvurulamayacağı kanısındadır. Bkz. Cour de cassation, Chambre civile 1, 30.9.2020, 09-16890 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021).

İsviçre Federal Mahkemesi de, diğer satışların aksine, hayvan satışında, genel hükümlere *(yanılma hükümlerine)* başvurulamayacağını savunmaktadır. Bkz. İsvFM, ATF 111 II 67 = JdT 1985 I 571; ATF 70 II 48 = JdT 1944 I 622. Federal Mahkeme'nin hayvan satışında öngördüğü bu istisna, öğreti tarafından herhangi bir objektif ayırıma dayanmadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir. Bkz. TERCIER/BIERI/CARRON, N 649; CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, CO Intro. art.197-210 N 12; BSK-HONSELL, OR Vorbem. Art.197-210 N 10; BK-GIGER, OR Vorbem. zu Art.197-210 N 66, 67; CAVIN, Vente, s. 117.

[83] PUIG, s. 365; Cour de cassation, Chambre commerciale, 12.12.1995, 93-21304 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021).

[84] MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 257; Cour de cassation, Chambre commerciale, 12.12.1995, 93-21304 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021). Benzer yönde bkz. Cour de cassation, Chambre commerciale, 3.2.2015, 13-12483 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021). İsviçre-Türk Hukuku'nda ise, şirket paylarının satışında, yalnızca, senede ilişkin maddi veya hukuki ayıplar *(sahtelik, yırtılma, bozulma, kupon eksikliği)* söz konusu olduğunda, ayıptan sorumluluk rejiminin uygulanabileceği savunulmaktadır. Bkz. TERCIER/BIERI/CARRON, N 677; CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, CO art.197 N 24 vd.; AYOĞLU Tolga, **Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çö-**

sorumluluk rejimi, ikinci el satışlarda da uyguma alanı bulur. Farika çıkışı olarak adlandırılan yeni ürünlerin satışında ise, üretim esnasında öngörülemeyen, fakat ileride meydana gelecek olan ayıplar, ayıptan sorumluluk rejiminin önemli bir uygulama alanını oluşturmaktadır. Öte yandan, tehlikeli malların satışında ayıptan sorumluluğa daha sık başvurulduğu görülmektedir.

Fransız Hukuku'nda ikinci el satışlar açısından, satılanın ihtiva etmesi beklenen nitelikler, fabrika çıkışı mallara göre daha farklı değerlendirilmektedir. Zira, alıcı, ikinci el *(kullanılmış)* mal satışlarında, satılanın yeni *(fabrika çıkışı)* ve hiç kullanılmamış bir satılanla aynı niteliklerde olmasını bekleyemez[85]. Nitekim, Fransız Yargıtayı'nın içtihatlarında da kullanılmış ve çoğu zaman yıpranmış olan ikinci el taşınırın niteliklerinin, hiç kullanılmamış bir taşınıra nazaran daha düşük olabileceği kabul edilmektedir[86]. Bu durum, ayıptan sorumluluk rejiminin uygulanmasına mâni olmamakla birlikte, aranan niteliklerin, satılanın kullanılmış olması sebebiyle daha düşük olabileceği varsayımına dayanır. Öte yandan, taşınmaz satışlarının çoğu, ikinci el satış niteliğinde olduğundan, genellikle taşınır satışları açısından, satılanın kullanılmış olup olmadığı önem taşımaktadır[87].

Satıcı, ayıptan sorumluluk kapsamında, alıcının mantıken satılandan bekleyebileceği mutat kullanımını alıcıya karşı tekeffül etmektedir. Fakat, söz konusu satılandan beklenen mutat kullanım ise, bazı durumlarda, satılanın ne kadar yıpranmış veya kullanılmış olduğuna bağlıdır. Bu durumda, satılanın eskimiş olmasından kaynaklanan bazı nitelik eksiklikleri, ayıptan

---

zümünde Tahkim, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 249, 250. Benzer şekilde, ayıptan sorumluluk, şirketin aktiflerinin tatmin edici olmaması haline veya şirketin işletmelerinin ekonomik beklentileri karşılayamaması durumuna uygulanacak şekilde genişletilemez. AYOĞLU, s. 249; İsvFM, ATF 107 II 419 = JdT 1982 I 380; ATF 108 II 102 = JdT 1982 I 542; İsvFM, 14.2.2013, 4A_321/2010.

85 MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 258; RAYNARD/SEUBE, s. 212; PUIG, s. 365; Cour de cassation, Chambre civile 1, 7.3.2000, 97-17081 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021): *"... İkinci el satıştan anlaşılan, satılanın bulunduğu durumda alınmasıdır..."*. Fransız Hukuku'nda, ikinci el satışlarda, *"caveat emptor (alıcı gözünü aç)"* olarak ifade edilen kural uygulama alanı bulur. Bkz. AMAUDRUZ, s. 92.

86 *Örneğin* bkz. Cour de cassation, Chambre civile 1, 7.3.2000, 97-17081 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021). İsviçre-Türk Hukuku'nda da alıcının ayıbın varlığından haklı bir sebeple haberdar olup olmadığının şahsi becerileri *(teknik bilgisi)*, satılanın durumu *(ikinci el veya kullanılmamış olması)* ve ayıbın niteliği gibi halin gerektirdiği bütün şartlar nazara alınarak tespit edilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. TERCIER/BIERI/CARRON, N 725; İsvFM, ATF 104 II 265; ATF 105 II 90; SJ 1980 289; ATF 107 II 419 = JdT 1982 I 380.

87 MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 258.

sorumluluğu meydana getirecek derecede bir gizli ayıp teşkil etmez. Örneğin, ikinci el bir araç satışında, aracın kilometre göstergesinden ileride tamir gerektirebileceği anlaşılmaktaysa, bu durum bir gizli ayıp olarak nitelendirilemez[88]. Keza, bu durum, çoğunlukla satış bedelinin, satılanın kullanılmış olduğu nazara alınarak daha düşük belirlenmesinden veya satılanın görünümünden anlaşılmaktadır. *Örneğin,* hurda fiyatına satılan bir otomobilin, mantıken sonradan sorunsuz bir şekilde çalışması beklenemeyeceği gibi; benzer şekilde, ikinci el olarak satılan ve güneşten sararmış bir mantonun, eski renginde görünmesi gerektiği de söylenemez[89].

Fransız Hukuku'nda, ikinci el satışlarda çoğunlukta sorumsuzluk kayıtlarının yer aldığı görülmektedir. Bunun tipik örneği ise, *"bulunduğu durumda satış şartı (vendu dans l'état où se trouve)"* olarak adlandırılmaktadır[90]. Satılandaki ayıbı bilen veya mesleği icabı satış sözleşmesini akdeden kötü niyetli satıcının, kendi lehine akdetmiş olduğu, sorumluluğunu sınırlandıran veya kaldıran sorumsuzluk kayıtları da geçersiz kabul edilmektedir[91]. Öte yandan, Fransız Tüketici Kanunu (FrTK) m. L241-5 hükmünde[92], tüketici işlemi niteliğindeki satış sözleşmelerinde, satıcının ayıptan sorumluluğunu, doğrudan doğruya veya dolaylı olarak sınırlandıran veya kaldıran her türlü anlaşmanın yazılmamış olduğu düzenlenmiştir. Dolayısıyla, ticari amaçlarla

---

88 *Örneğin* bkz. Cour de cassation, Chambre civile 1, 26.4.2017, 16-11632 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021): *"... en raison du kilométrage parcouru l'acheteur pouvait normalement prévoir qu'il courait le risque d'avoir à effectuer des réparations au cours des mois à venir et que cette vétusté ne saurait en l'état être considérée comme un vice caché..."*.

89 Güneşten sararmış mantonun, renginin gizli ayıp teşkil etmeyeceği yönünde bkz. Cour de cassation, Chambre commerciale, 5.2.1974, 72-12990 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021). Örnekler için ayrıca bkz. MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 258, dn. 34. Aynı yönde bkz. PUIG, s. 365.

90 MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 258; AMAUDRUZ, s. 90. Fransız Yargıtayı, *"bulunduğu durumda satış şartı (vendu dans l'état où se trouve)"* olarak adlandırılan sözleşme kayıtlarını, sorumsuzluk anlaşması olarak nitelendirmektedir. Bkz. Cour de cassation, Chambre civile 1, 25.6.1968, Bulletin civile I N 183 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021).

91 MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 268, 269; RAYNARD/SEUBE, s. 211; BÉNABENT, Contrats, s. 188; AMAUDRUZ, s. 90; Cour de cassation, Chambre civile 3, 21.3.2019, 18-11826 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021).

92 **FrTK m. L241-5:** *"Kanunun L217-1 ilâ 217-20 hükümleri arasında düzenlenen ayıptan sorumluluk, ticari garantiler ve satış sonrası hizmet edimlerine dair tanınan hakları, doğrudan doğruya veya dolaylı olarak sınırlandıran veya kaldıran, alıcı ve satıcı arasında akdedilmiş her türlü anlaşma, alıcı tarafından talep edilmiş olmadıkça yazılmamış sayılır. (Les conventions qui écartent ou limitent directement ou indirectement les droits résultant des articles L. 217-1 à L. 217-20 relatifs à la garantie de conformité des biens, à la garantie commerciale ou aux prestations de services après-vente, conclues entre le vendeur et l'acheteur avant que ce dernier n'ait formulé de réclamation, sont réputées non écrites.)"*

hareket eden meslekten satıcı ile meslekten olmayan ve kendi şahsi ihtiyaçları doğrultusunda hareket eden bir alıcı arasında akdedilen sorumsuzluk anlaşması yazılmamış kabul edilecektir. İsviçre-Türk Hukuku'nda ise, TBK m.221 (İsvBK m.199) hükmünde, satıcının satılanı devretmekte ağır kusurlu olması durumunda, sorumluluğu sınırlandıran veya kaldıran anlaşmaların kesin hükümsüz olduğu belirtilmiştir. Her ne kadar Fransız Tüketici Kanunu'nda yer alan FrTK m. L241-5 hükmü gibi, sorumsuzluk anlaşmalarını geçersiz sayan açık bir düzenleme, Türk Hukuku'nda 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da yer almasa da, tüketici lehine tanınan hakların zayıf tarafı koruma düşünesiyle nisbî olarak emredici karakter taşıdığı ve tüketici aleyhine getirilen sorumsuzluk anlaşmalarının kesin hükümsüz olduğu kabul edilmektedir[93]. Türk Borçlar Kanunu'nun aksine, tüketici işlemi niteliğindeki satış sözleşmelerinde, sorumluluğu sınırlandıran veya kaldıran anlaşmalarının tamamı geçersizdir.

Tehlikeli ürünlerin satışında ayıptan sorumluluk ayrı bir öneme sahiptir. Muhtemel olarak tehlike yaratmaya elverişli mallar açısından, satıcının alıcıya ve üçüncü kişilere karşı, bir çeşit koruma ve güvenlik yükümlülüğü *(obligation de sécurité)* bulunmaktadır[94]. Fransız Yargıtayı'nın[95] ifadesiyle, *"satıcı alıcıya tehlike yaratabilecek her türlü ayıptan ari bir mal teslim etmek zorundadır"*. O halde, satılanın böyle bir zarar tehlikesi ihtiva etmesi durumunda,

---

[93] AYDOĞDU Murat, **Tüketici Hukuku Dersleri**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 160, 161. Nitekim, TKHK m.10/f.II'de tüketicinin seçimlik haklarının saklı olduğu belirtilmiş, TKHK m.12/f.I hükmünde, zamanaşımı süresinin yalnızca uzatılabileceği belirtilerek, kısaltılması engellenmiş; böylece, ilgili hükümlerin nisbî emredici olduğu zımnen vurgulanmıştır. Bkz. KAPANCI Kadir Berk, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından Satış Hukukunda Ayıptan Doğan Sorumluluk ve Sözleşmesel Garanti Taahhütleri**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 83.

[94] MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 258; Cour de cassation, Chambre civile 1, 4.12.1973, 70-13808 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021); Cour de cassation, Chambre civile 1, 17.1.1995, 93-13075 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021); Cour de cassation, Chambre civile 1, 17.6.2010, 09-67625 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021); Cour de cassation, Chambre civile 1, 11.12.2017, 16-11726 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021).

[95] Cour de cassation, Chambre civile 1, 20.3.1989, 87-16011 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021); Cour de cassation, Chambre civile 1, 17.1.1995, 93-13075 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021); Cour de cassation, Chambre civile 1, 17.6.2010, 09-67625 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021); Cour de cassation, Chambre civile 1, 11.12.2017, 16-11726 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021): *"... meslekten satıcı, alıcıya, kişi veya malvarlığı açısından tehlike yaratabilecek her türlü ayıp ve üretim eksikliğinden ari bir ürün teslim etmek zorundadır... (le vendeur professionnel est tenu de livrer des produits exempts de tout vice ou de tout défaut de fabrication de nature à créer un danger pour les personnes ou les biens)"*.

ayıplı olduğu, daha kolay bir şekilde kabul edilebilecektir. Belirtmek gerekir ki, önceleri Fransız Yargıtayı'nın istikrar kazanmış içtihadıyla kabul edilmiş olan bu genel güvenlik yükümlülüğü, daha sonra kanun maddesi haline getirilerek, Fransız Tüketici Kanunu m. L421-3 hükmünde açıkça ifade edilmiştir. FrTK m. L421-3 hükmü uyarınca, mal ve hizmetler, normal kullanım şartları dahilinde veya satıcı ya da sağlayıcı tarafından makul bir şekilde öngörülen diğer kullanım şartları altında, kendilerinden meşru bir şekilde beklenen güvenliği sağlamak ve kişilerin sağlığını ihlal etmemek zorundadır.

Yukarıda kısaca bahsedildiği üzere, *"25 Temmuz 1985 tarihli, Üye Devletlerin İdari ve Kanuni Düzenlemelerinin, Ayıplı Ürünlerden Sorumluluk Konusunda Yakınlaştırılmasına Yönelik Konsey Direktifi*[96]*"* uyarınca, satılan ürünün olağan kullanıma uygun olmaması sebebiyle değil, güvenliği tehlikeye düşürecek nitelikte bir nitelik eksikliğinin bulunması durumunda, yani bir güvenlik ayıbının varlığı halinde *(défaut de sécurité)* meydana gelen zararlar açısından, bir kusursuz sorumluluk rejimi öngörülmüştür[97]. 25 Temmuz 1985 tarihli Konsey Direktifi, daha sonra Fransız Medeni Kanunu'na dahil edilerek, FrMK m.1245 ve devamında düzenlenmiştir. Söz konusu hükümler, esasen, bir ürünün, o ürünü kullanan kişinin şahıs varlığına bir zarar vermesi durumunda, üreticisine doğrudan doğruya başvurmasını kolaylaştıran hükümler olarak nitelendirilebilir. *"Ayıplı Ürünlerin Yol Açtığı Sorumluluk"* başlığını taşıyan FrMK m.1245 ilâ 1245-17 hükümlerinde, satılanın meşru olarak kendisinden beklenen güvenliği sağlamadığı tehlikeli ürünlerin yol açtığı zararlar açısından özel hükümler sevk edilmiştir. Bu hükümlerin uygulanabilmesi için, *ayıplı ürün (produit défectueux) kavramı*, nitelik eksikliğinin satılanın mutat kullanımını elverişsiz hale getirmesi olarak değil, FrMK m.1245-3 uyarınca, ürünün kendisinden meşru olarak beklenen güvenliği sağlamaması olarak nitelendirilmektedir. O halde, ayıbın, ürünü, kişinin şahıs varlığı açısından tehlikeli bir hale getirmiş olması gerekmektedir[98]. Bu sorumluluğun doğabilmesi için, FrMK m.1245-4 uyarınca,

---

[96] Council Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products, (Official Journal L 210, 07/08/1985 P. 0029-0033). Direktif için bkz. Çevrimiçi: www.eur-lex.europa.eu, Erişim: 15.03.2021.

[97] MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 248, 249.

[98] FrMK m.1245-3 uyarınca, üründen *"meşru olarak beklenen güvenlik (sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre)"* kavramının değerlendirilmesinde, ürünün ne şekilde sunulduğu, makul olarak beklenen kullanım amacı, dolaşıma çıkarıldığı an gibi, halin gerektirdiği bütün şartların nazara alınması gerekir.

ürünün dolaşıma çıkarılmış olması; yani, üreticinin iradi olarak üründen el çekmesi neticesinde, ürünün satış veya dağıtım yoluyla piyasaya sürülmüş olması gerekir. Başka bir deyişle, üretim sürecinden çıkan ürünün, ticaret sürecine girmesi şarttır. FrMK m.1245 uyarınca, üretici, güvenli olmayan tehlikeli ürünlerin yol açtığı bedensel zararlardan, mağdur ile aralarında bir sözleşme ilişkisi olmasa bile sorumlu tutulmuştur. Düzenlemenin amacı, mağdurun basit bir şekilde, üreticiye başvurmasının sağlanmasıdır. Getirilen kusursuz sorumluluk rejimi sebebiyle, üreticinin kusursuzluğunu ispat ederek sorumluluktan kurtulması mümkün görülmemektedir. Hatta, FrMK m.1245-9 uyarınca, ürünün idari izinlerle, mevcut normlara ve ilgili üretim kolunun kurallarına uygun bir şekilde üretilmiş olması durumunda dahi, üretici, meydana gelen zararlardan sorumlu tutulmuştur. Bu durumda, mağdurun, FrMK m.1245-8 uyarınca, satılandaki güvenlik ayıbını, zararı ve illiyet bağını ispat etmesi yeterlidir. Belirtmek gerekir ki, mağdurun FrMK 1245 ilâ 1245-17 hükümlerine başvurmak yerine, alternatif olarak genel hükümlerde düzenlenen sözleşmesel veya sözleşme dışı sorumluluğa veya satıcının genel ayıptan sorumluluğuna başvurması mümkündür[99]. Türk Hukuku'nda ise, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da üretici ve imalatçının sorumluluğuna yer verilmemiştir[100]. Üreticinin sorumluluğu-

---

[99] Bu durumda sorumluluk sebeplerin yarışması gündeme gelir. Bkz. MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 260. *Örneğin* bkz. Cour de cassation, Chambre civile 1, 17.3.2016, 13-18876 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021). Hâkim, FrMK m.1245 ve devamı hükümlerini re'sen uygulamak zorundadır. Bkz. MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 260; Cour de cassation, Chambre mixte, 7.7.2017, 15-25651 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021).

[100] Üreticinin sorumluluğu, son yıllarda oldukça önem kazanmış bir sorumluluk halidir. 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesinin 2. fıkrasında *"Ayıplı maldan ve/veya ayıplı maun neden olduğu her türlü zarardan dolayı tüketiciye karşı satıcı, bayi, acenta, imalatçı-üretici ve ithalatçı, müştereken ve müteselsilen sorumludurlar. Satılan malın ayıplı olduğunun bilinmemesi bu sorumluluğu ortadan kaldırmaz."* hükmü yer almaktaydı. Daha sonra, 2003 yılında, 4822 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik sonucunda, ilgili fıkra değiştirilmiş ve *"Tüketici bu seçimlik haklarından biri ile birlikte ayıplı malın neden olduğu ölüm ve/veya yaralanmaya yol açan ve/veya kullanımdaki diğer mallarda zarara neden olan hallerde imalatçı-üreticiden tazminat isteme hakkına da sahiptir."* şeklinde düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere, başlangıçta bütün zararlar için, satıcıyla birlikte, tüketiciye karşı, üretici-imalatçı ve ithalatçı açısından müteselsil sorumluluk esası getirilmişken; daha sonra, sorumluluk, yalnızca bedensel zararlarla sınırlandırılmıştır. 2003 yılında, ayrıca, üreticinin sorumluluğu bakımından *"Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk Hakkında Yönetmelik"* çıkarılmıştır. Daha sonra, üreticinin sorumluluğunun, Avrupa Birliği mevzuatı çerçevesinde, ayrı bir kanunla düzenlenmesi amacıyla, 2014 yılında yürürlüğe giren 6502 sayılı yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da üretici-imalatçı ile ithalatçının, tüketiciye karşı tazminat sorumluluğuna yer verilmemiştir. Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk Hakkında Yönetmelik ise açıkça yürürlükten kaldırılmamış; ancak kanun değişikliği sebebiy-

nun ayrı bir kanunla düzenlenmesi gerektiğini düşünen Türk kanun koyucusu tarafından, *"7223 sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu"* 5 Mart 2020 tarihinde kabul edilmiş; akabinde, 13 Mayıs 2021 tarihinde yürürlüğe girmiştir[101]. Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu'nun 6. maddesinin ilk fıkrasında *"Ürünün, bir kişiye veya bir mala zarar vermesi halinde, bu ürünün imalatçısı veya ithalatçısı zararı gidermekle yükümlüdür."* hükmüne yer verilerek; imalatçı ve ithalatçının sorumluluğu ihdas edilmiştir. Öte yandan, imalatçı ve ithalatçının ürünün yol açtığı zararlardan sorumluluğu yalnızca eşyaya verilen zararlar ile bedensel zararlar bakımından sınırlandırılmıştır. Böylece, üreticinin sorumluluğu, Avrupa Birliği Hukuku'na benzer şekilde, Türk Hukuku'nda da kabul edilmiştir.

C. Ayıbın Satışa Atfedilebilir Olması

Satıcının ayıptan sorumluluğunun doğabilmesi için, ayıbın satışa atfedilebilir olması *(imputabilité du vice à la vente)* gerekir. Başka bir deyişle, satılanda bulunan nitelik eksikliğinin, sözleşmenin akdedilmesinde önce;

---

le, kanuni dayanağını yitirmiştir. Bu dönemde, Türk Hukuku'nda, TKHK tarafından getirilmiş bazı hukuki imkanlar dışında, açık bir düzenlemenin bulunmaması sebebiyle, üreticinin sorumluluğunu, sözleşmesel sorumluluk çerçevesine dahil etme yönünde görüşler ileri sürülmüştür. Buna karşın, öğretide, yönetmelikle kusursuz sorumluluk ihdas edilemeyeceği vurgulanmış ve üreticinin sözleşme ilişkisinin dışında yer alması sebebiyle, sorumluluğun sözleşmeye değil, TBK m.49 ve devamında düzenlenen genel haksız fiil hükümlerine dayanması gerektiği ifade edilmiştir. Öte yandan, öğretide, TBK m.49'da düzenlenen haksız fiil hükümlerinin, klasik kusur sorumluluğuna dayanması sebebiyle, tatminkâr bir çözüm sunmadığı ifade edilmiştir. Zira, kusur sorumluluğu modern hayatın getirdiği tehlikeler karşısında, tüketicileri korumak açısından yetersiz kalmaktadır. Yönetmelikle kusursuz sorumluluk esası getirilemeyeceği ve yönetmeliğin kanuna aykırı olduğu hakkında bkz. AKÇURA KARAMAN Tuba, **Üreticinin Ayıplı Ürünün Sebep Olduğu Zararlar Nedeniyle Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008 (Sorumluluk), s. 144 vd., 251. Üreticinin sorumluluğu açısından öğretide savunulan görüşler ve bu görüşlerin değerlendirilmesi konusunda detaylı bir inceleme için bkz. AKÇURA KARAMAN, Sorumluluk, s. 118 vd.

Belirtmek gerekir ki, TKHK m.11/f.II hükmünde, ücretsiz onarım veya malın ayıpsız misli ile değiştirilmesi haklarının üretici ve ithalatçıya karşı da kullanılabileceği; üretici ve ithalatçının hakların yerine getirilmesinden müteselsilen sorumlu olduğu öngörülmüştür. Söz konusu düzenlemeler, esasen, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da da bulunmaktaydı. Öte yandan, ayıptan sorumluluk kapsamında, onarım ve değişim haklarının üreticiye karşı da kullanılabilmesi, üreticinin sorumluluğu açısından yeterli görülmemektedir. Zira, üreticiye karşı, halen, kusursuz sorumluluk esası temelinde bir tazminat talebi yöneltilmesi mümkün görülmemektedir. Bkz. AKÇURA KARAMAN, Sorumluluk, s. 130; İNCEOĞLU M. Murat, "Ayıba Karşı Tekeffül ve Garanti Sorumluluğu", **Yeni Tüketici Hukuku Konferansı (Makaleler - Tartışmalar)**, Derleyen: Doç. Dr. M. Murat İnceoğlu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 153-238, s. 220 vd.

[101] Bu konuda doyucu açıklamalar için bkz. KANIŞLI Erhan, "Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu (ÜGTDK) Uyarınca Üreticinin Sorumluluğu", **İÜHFM**, Cilt 78, Sayı 3, 2020, s. 1413-1468, s. 1418 vd.

yani, en geç, hasar riskinin alıcıya intikal ettiği mülkiyetin alıcıya geçmesi anında satılanda mevcut olması şarttır[102]. Fransız Yargıtayı, bu koşulu, *"ayıbın satışa nazaran önceliği (l'antériorité du vice par rapport à la vente)"* şeklinde ifade etmektedir[103]. Bir tarım ürünün satışında çürüme, buğday satışında tahıl kurdu, çelik satışında paslanma, satış sözleşmesi akdedilmeden önce satılanda var olmalıdır. Esasen, ayıbın satılanda aranılacağı belirleyici olan zaman dilimi, hasarın alıcıya intikal ettiği mülkiyetin alıcıya geçiş anıdır.

Nitekim, Fransız Hukuku'nda satış sözleşmesinde hasarın geçişi, satılanın mülkiyetinin alıcıya nakline bağlanmıştır. Başka bir deyişle, hasarın geçişi açısından *"res perit domino (hasar malikindir)"* veya *"casum sentit dominus (umulmayan halin neticelerine malik katlanır)"* prensibi benimsenmiştir[104]. Zira, Fransız Hukuku'nda ayni etkiye sahip olan satış sözleşmesi neticesinde, parça satışında mülkiyet FrMK m.1583 uyarınca[105] tarafların satılan ve satış bedeli üzerinde anlaşmalarıyla birlikte, sözleşmenin kurulması anında, satış bedelinin ödenmesinden veya satılanın tesliminden ba-

---

[102] MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 261; RAYNARD/SEUBE, s. 213; PUIG, s. 368; BÉNABENT, Contrats, s. 179; Cour de cassation, Chambre civile 1, 8.2.2020, 18-21526 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021); Cour de cassation, Chambre commerciale, 29.4.2014, 12-24628 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021); Cour de cassation, Chambre civile 1, 26.9.2012, 11-20275 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021): *"... gizli ayıbın varlığı, satılanın edinildiği ana göre belirlenir. Ayıbın bu tarihten sonra ortaya çıkmış olması gerekli değildir... (l'existence du vice caché s'apprécie au jour de l'acquisition de la chose sans qu'il soit nécessaire qu'il subsiste postérieurement à cette date)"*.

[103] Cour de cassation, Chambre commerciale, 29.4.2014, 12-24628 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021); Cour de cassation, Chambre civile 2, 11.4.2019, 17-31497 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021); Cour de cassation, Chambre commerciale, 8.7.1981, 79-13110 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021); Cour de cassation, Chambre civile 1, 20.5.2010, 08-21576 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021); Cour de cassation, Chambre civile 1, 8.2.2020, 18-21526 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021).

[104] BÉNABENT, Contrats, s. 179; HUET/DECOCQ/GRIMALDI/LÉCUYER, s. 304; PUIG, s. 368; SCHWARZ Andreas B., "Satış Aktinde Hasarın İntikali", (Çeviren: Kudret Ayiter), **AÜHFD**, Cilt 1-4, 1947, s. 159-167, s. 161; TANDOĞAN, s. 109; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 70, 71; EREN, N 134; Cour de cassation, Chambre civile 1, 20.5.2010, 08-21576 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021). Detaylı bilgi için bkz. KARA Doğan, "Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) Uyarınca Hasar Sorunu ve Türk Borçlar Kanunu ile Karşılaştırılması", **PPIL 38/1**, 2018, s. 107-145 (Hasar), s. 115-116.

[105] **FrMK m.1583:** *"Tarafların bedel ve satılan üzerinde anlaşmaları ile, satış bedelinin ödenmiş olması veya satılanın teslim edilmesi gerekmeksizin, sözleşme tamamlanır ve mülkiyet kendiliğinden satıcıdan alıcıya geçer (Elle est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix paye.)"*

ğımsız olarak alıcıya geçmektedir. Böylece hasarın alıcıya geçmesi, mülkiyetin alıcıya geçmesinin doğal bir sonucu olmakta; malik haline gelen alıcı, zarar tehlikesine de katlanmaktadır[106]. FrMK m.1585 hükmüne göre ise, satılanın bütünüyle değil; sayılarak, ölçülerek ya da tartılarak satıldığı çeşit satışlarında; hasarın satılanın sayıldığı, ölçüldüğü veya tartıldığı anda alıcıya geçeceği öngörülmüştür[107]. Bu açıdan FrMK m.1585, sözleşmenin kurulması anında satılanın belirli olmaması sebebiyle genel kuraldan ayrılmış ve çeşit satışlarında satılanın sözleşmeye özgülenerek belirli hale getirilmesini aramıştır. Dolayısıyla çeşit satışlarında satılanın yok olması veya kötüleşmesi sebebiyle hasar, satılanın borcun ifası için ayırt edilerek ferdileştirildiği anda alıcıya geçecektir. Bu durumda FrMK m.1585'te alıcının satılanın teslimini isteyebileceği ifade edilmiştir. O halde, satıcı tarafından ferdileştirilerek sözleşmeye özgülenmeyen satılan, en geç satılanın alıcıya teslimi anında belirli hale gelecek ve hasar da satılanın mülkiyetiyle beraber alıcıya geçecektir. Nitekim, Fransız öğretisinde, çeşit satışında hasarın geçişinin genellikle teslim anında gerçekleştiği ifade edilmektedir[108].

Satış anında satılanda mevcut olan ayıbın, etkilerini daha sonra meydana getirmesi veya dış alemde daha sonra görünür hale gelmesi önemli değildir[109]. Zira, hasarın geçişi anında, bir nüve halinde var olan ayıp, esasında daha sonra kendisini belli etmektedir. Hatırlatmak gerekir ki, şayet ayıbın

---

[106] HUET/DECOCQ/GRIMALDI/LÉCUYER, s. 304; SCHWARZ, s. 161; BÉNABENT, Contrats, s. 179; TANDOĞAN, s. 109; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 70, 71; EREN, N 134. Öte yandan, mülkiyet alıcıya satış sözleşmesiyle birlikte geçtiğinden, henüz satılan alıcıya teslim edilmeden, hasar alıcıya geçmiş olmaktadır. Bu durumda hasarın alıcıya geçişi ile satılanın teslimi arasındaki sürede meydana gelen ayıplar açısından, ayıptan sorumluluğun söz konusu olmayacağı ifade edilmektedir. Bu durum ise, öğretide eleştirilmektedir. Bkz. BÉNABENT Contrats, s. 179.

[107] **FrMK m.1585:** *"Satılanın tamamının satılmadığı hallerde, satılan ağırlığına, sayısına veya ölçüsüne göre satılıyorsa satılan tartılana, sayılana ya da ölçülene kadar risk satıcıdadır. Bu durumda alıcı satılanın teslimini isteyebileceği gibi satıcının yükümlülüklerini ihlal etmesi halinde tazminat talebinde de bulunabilir (Lorsque des marchandises ne sont pas vendues en bloc, mais au poids, au compte ou à la mesure, la vente n'est point parfaite, en ce sens que les choses vendues sont aux risques du vendeur jusqu'à ce qu'elles soient pesées, comptées ou mesurées; mais l'acheteur peut en demander ou la délivrance ou des dommages-intérêts, s'il y a lieu, en cas d'inexécution de l'engagement.)"*

[108] MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 261.

[109] BÉNABENT, Contrats, s. 179, 180; RAYNARD/SEUBE, s. 213; PUIG, s. 368. Esasen pek çok olayda, ayıp daha sonradan görünür hale gelmektedir. Örneğin bir ağaç tomruğunun içindeki çürümenin sonradan ortaya çıkması sonucu meydana gelen bir uyuşmazlık için bkz. Cour de cassation, Chambre commerciale, 18.1.1972, 70-12195 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021). Taşınmazda bulunan termitlerin daha sonra hasara neden olması konusunda bkz. Cour de cassation, Chambre civile 1, 22.1.1991, 6.392 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021).

etkileri görünür seviyedeyse; başka bir deyişle, satılanda bir açık ayıp mevcutsa, satıcının ayıptan sorumluluğu bulunmamaktadır. Şayet satış sözleşmesinin akdedildiği anda satılanda bir ayıp varsa, satıcı, satılanı üçüncü kişiden temin etmiş olsa bile, ayıplardan sorumludur. Bu durumda, satıcının üçüncü kişiye rücu hakkı saklıdır.

Şayet, satılandaki nitelik eksikliği, satılanın yanlış kullanımı neticesinde meydana gelmişse, bu durumda, satılandaki ayıp satışa atfedilemediği; başka bir deyişle, ayıp hasarın geçişinden önce satılanda mevcut olmadığı için, satıcı söz konusu nitelik eksikliklerinden sorumlu olmaz[110]. Aynı şekilde, taraflar açıkça anlaşmış olmadıkça, satılanın mutat olmayan bir şekilde, özel ve farklı amaçlarla kullanılması neticesinde, bir nitelik eksikliği meydana gelmişse, yine, ayıptan sorumluluk söz konusu olmayacaktır[111]. Aynı şekilde, şayet, satılanın tesliminden sonra uzun süre kullanılması *(utilisation prolongée)* ve kullanım sebebiyle yıpranmış olması *(usure de la chose)* nedeniyle bir nitelik eksikliği meydana gelmişse, satıcı artık ayıptan sorumlu değildir[112]. Bu son durumda, meydana gelen ayıbın satıcı ndeniyle değil, zaman içinde kullanım sonucu meydana gelmiş olduğu ve satılanın normal kullanım ömrünü tamamladığı kabul edilmektedir.

Satılanın yok olması durumunda, FrMK m.1647 hükmü, hasar sorunu çerçevesinde bir ayırım yapmaktadır. FrMK m.1647/f.I uyarınca, şayet, satılan ayıp sebebiyle, içinde bulunduğu kötü durumdan dolayı yok olur veya hasara uğrarsa, zarar riskine satıcı katlanmaktadır. Bu durumda, alıcı, satış bedelinin iadesiyle birlikte, uğradığı zararın giderilmesini talep edebilir veya kanunda ayıptan sorumluluk bahsinde kendisine tanınan diğer seçimlik imkanlara başvurabilir. Şayet, satılan beklenmeyen hal *(cas fortuit)* sebebiyle

---

[110] BÉNABENT, Contrats, s. 179; MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 261. *Örneğin* bkz. Cour de cassation, Chambre civile 1, 4.12.1973, 70-13808 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021): karara konu olayda, kullanıcının alerjisi sebebiyle, satın alınmış olan kozmetik ürününün ayıplı olduğunun kabul edilemeyeceği ifade edilmektedir.

[111] MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 261; BÉNABENT, Contrats, s. 179. *Örneğin* bkz. Cour de cassation, Chambre civile 1, 8.4.1982, 84-11443 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021).

[112] BÉNABENT, Contrats, s. 179; MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 261. *Örneğin* bkz. Cour de cassation, Chambre civile 1, 4.12.1973, 70-13808 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021): karara konu olayda, satılan bir klor gazı tüpünün tesliminin üzerinden on sekiz yıl geçtikten sonra patlamış olması durumunda, Fransız Yargıtayı, satılanın teslimden sonra uzun süre kullanılması *(utilisation prolongée)* sebebiyle ayıbın meydana geldiğine ve ayıbın satış sözleşmesine atfedilemeyeceğine karar vermiştir. Bu durumda, ayrıca, satılandaki ayıp ile meydana gelen zarar arasındaki illiyet bağı da kurulamamıştır. Ayrıca bkz. MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 261.

yok olursa, FrMK m.1647/f.II uyarınca zarar riskine alıcı katlanır. Bu son ihtimalde, alıcının satıcıya herhangi bir talep ileri sürmesi mümkün değildir[113].

Belirtmek gerekir ki, İsviçre-Türk Hukuku'nda da, satıcının ayıptan sorumluluğunun doğabilmesi için, ayıbın hasarın geçişi anında satılanda bulunması gerekmektedir[114]. İsvBK m.185/f.I (818 sayılı eski Borçlar Kanunu [eBK] m.183/f.I) uyarınca, parça satışında hasar sözleşmenin kurulması anından itibaren alıcıya aittir. Buna karşın, İsvBK m.185/f.II (eBK m.183/f.II) uyarınca, çeşit satışında hasar, satılanın ferdileştirilmesi *(individualisation - ayırt edilmesi)* ile birlikte alıcıya geçer[115]. Bu açıdan, İsvBK m.185 ile eBK m.183 hükmü, hasarın geçişi için parça satışında sözleşmenin kurulması, çeşit satışında satılanın ferdileştirilmesini arayan FrMK m.1583, 1585 hükümleriyle aynı çözüm yolunu benimsemiştir[116]. Mehaz İsviçre Borçlar Kanunu'ndan ve 818 sayılı Borçlar Kanunu'ndan ayrılan TBK m.208/f.I uyarınca, hasar, parça ve çeşit satışı ayrımı yapılmaksızın, taşınırlarda zilyetliğin devriyle, taşınmazlarda ise tescille birlikte alıcıya geçer. Bu açıdan, Türk Hukuku'nda hasarın geçişi, Fransız Hukuku'ndan ayrılmakta; hasar, TBK m.208/f.I uyarınca, Fransız Hukuku'nda olduğundan daha sonraki bir zaman diliminde alıcıya geçmektedir.

---

[113] HUET/DECOCQ/GRIMALDI/LÉCUYER, s. 304, 305; MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 255. Öte yandan, Fransız Yargıtayı bir kararında beklenmeyen hal sebebiyle satılan yok olmuş olsa bile, bedel indirimi talebini kabul etmiştir. Bkz. Cour de cassation, Chambre civile 1, 3.12.1996, 94-19176 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021): *"... si la perte de la chose vendue arrivée par cas fortuit est aux risques de l'acheteur qui en est demeuré propriétaire, elle ne fait pas obstacle à ce que celui-ci obtienne, par la voie de l'action estimatoire, la réduction du prix que justifie la gravité du vice dont cette chose était atteinte..."*.

[114] TERCIER/BIERI/CARRON, N 661; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, OR art.197 N 17; CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, CO art.197 N 9; BSK-HONSELL, OR Art.197 N 11; BK-GIGER, OR Art.197 N 42; KELLER/SIEHR, s. 76-78; BK-BECKER, OR art.197 N 8; HONSELL, s. 96; TANDOĞAN, s. 175; ARAL/AYRANCI, s. 123; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 126; YAVUZ, s. 86; İsvFM, 8.2.2010, 4A_601/2009; 1.5.2007, 4C.321/2006; YHGK, T. 20.6.2019, E. 2017/19-1657, K. 2019/744 (www.kazanci.com, Erişim: 01.02.2021). TKHK m.8/f.I hükmünde, açıkça, ayıplı mal, teslim anında belirli nitelikleri taşımayan mal olarak tanımlanmıştır.

[115] Detaylı bilgi için bkz. CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, CO art.185 N 6, 13, 16; BSK-KOLLER, OR Art.185 N 2 vd.

[116] Her ne kadar, İsvBK ve eBK, hasarın geçişi için *sözleşmenin kurulması*, FrMK ise *mülkiyetin geçişi* prensibini benimsemiş olsa da; Fransız Hukuku'nda, mülkiyet, parça satışı açısından sözleşmenin kurulmasıyla, çeşit satışında ise satılanın ayırt edilmesiyle alıcıya geçtiği için, hasarın geçişinde, her iki hukuk sistemi (İsvBK/eBK - FrMK) açısından pratikte aynı neticeye varılmaktadır.

2. Şekli Şartlar

Satıcının ayıptan sorumluluğuna başvurmak isteyen alıcının, sağlaması gereken şekli şartların ilki, talebini zamanaşımı süresi içerisinde ileri sürmektir. İsviçre-Türk Hukuku'nda olduğu gibi (TBK m.161/İsvBK m.142), Fransız Hukuku'nda da FrMK m.2247 hükmü uyarınca, hâkim, zamanaşımı süresinin dolduğunu, kendiliğinden *(re'sen)* nazara alamaz. Zamanaşımı süresinin dolduğunun, davalı tarafından def'i şeklinde *(par voie d'exception)* ileri sürülmesi gerekir[117]. İkinci şekli şart ise, ispat yüküne dairdir. Alıcının ayıptan sorumluluğa başvurabilmesi için, ayıbın varlığının, hasarın geçişinden önce satılanda mevcut olduğunun ve ayıbın gizli karakterinin ispat edilmesi gerekir.

Altını önemle çizmek gerekir ki, Fransız Hukuku'nda satıcının ayıptan sorumluluğuna başvurulabilmesi için, İsviçre-Türk Hukuku'nun aksine (TBK m.223 / İsvBK m.201), Roma Hukuku'nda olduğu gibi, gözden geçirme ve bildirim külfeti aranmamaktadır[118]. Nitekim, ayıptan sorumluluk konusunda, Fransız hukuk sistemi ile İsviçre-Türk hukuk sistemi arasındaki en büyük fark da budur. İsviçre-Türk Hukuk sisteminde, gözden geçirme ve bildirim külfetine *(hiç veya zamanında)* uyulmaması neticesinde, alıcının ayıptan sorumluluk çerçevesinde sahip olduğu hakları sona ermekte; çoğu zaman tecrübesiz olan alıcı, özellikle adi satışlarda, ihmali neticesinde, ol-

---

[117] TERRÉ François / SIMLER Philippe / LEQUETTE Yves, **Droit civil, Les obligations**, 11ème édition, Edition Dalloz, Paris, 2013, s. 1543, 1544; MALINVAUD Philippe / FENOUILLET Dominique / MEKKI Mustapha, **Droit des obligations**, 14ème édition, LexisNexis, Paris, 2017, s. 933; BÉNABENT Alain, **Droit des obligations**, 17ème édition, LGDJ Lextenso éditions, Issy-les-Moulineaux, 2018 (Obligations), s. 675. Belirtmek gerekir ki zamanaşımı süresinin dolmasının hukuki sonuçları Fransız Hukuku'nda tartışmalıdır. Bir görüşe göre, zamanaşımı süresinin dolması, borcu bir *eksik (tabi) borca (obligation naturelle)* dönüştürür ve sadece dava hakkını sona erdirir. Bu görüşte bkz. BÉNABENT, Obligations, s. 676. Fransız öğretisinde baskın olarak savunulan aksi görüşe göre ise, zamanaşımı süresinin dolması, borcu sona erdiren sebeplerden biridir. Dolayısıyla, zamanaşımı def'inin ileri sürülmesiyle birlikte borç sona erer. Bu sebeple, zamanaşımı, alacaklı tatmin edilmeksizin borcun sona erdiği hallerden biridir. Bkz. TERRÉ/SİMLER/LEQUETTE, s. 1545, 1546. Belirtmek gerekir ki, Fransız Medeni Kanunu'nun 17 Haziran 2008 değişikliğinden önceki hali, zamanaşımının borcu sona erdiren bir sebep olarak yorumlanmasına daha elverişlidir.

[118] AMAUDRUZ, s. 96, 97; BUCHER Eugen / BUZ Vedat, "Mağdur Edilen Alıcı, Türk/İsviçre Borçlar Kanununun İki Özelliğinin Eleştirisi: Muayene ve İhbar Külfeti (Art.201 OR; BK m.198), BK 202/II (Art.205/II OR)'ye Göre Dönme Yerine Bedel İndirimine Karar Verilmesinin Masraflara İlişkin Sonuçları", **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 146-178, s. 157, 158.

Gözden geçirme ve bildirim külfeti Orta Çağ'da teamül hukuku şeklinde ortaya çıkmış ve ilk kez 1861 tarihli Alman Genel Ticaret Kanunu'na *(Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch)* alınmıştır. Bkz. AMAUDRUZ, s. 97.

dukça katı ve sert bir neticeye tabi kılınmaktadır. Öte yandan, İsviçre-Türk Hukuku, Kıta Avrupası içinde, adi *(tacir olmayan)* satışlar açısından gözden geçirme ve bildirim külfeti öngören tek hukuk sistemidir[119]. Bu sebeple, güncel eserlerde, isabetli bir şekilde, Fransız Hukuku'nda olduğu gibi, gözden geçirme ve bildirim külfetinin tamamen kaldırılması; yahut, hiç değilse, Alman Ticaret Kanunu'nda olduğu gibi (HGB §377), yalnızca ticari satışlar bakımından sınırlandırılması önerilmektedir[120]. Nitekim, HGB §377 hükmünde, yalnızca ticari satışlarda, TBK m.223 ve İsvBK m.201 hükmüne paralel bir gözden geçirme ve bildirim külfeti öngörülmüştür.

A. Zamanaşımı Süresi

Alıcının, satıcının ayıptan sorumluluğuna başvurabilmesi için, talebini, ayıptan sorumluluk için getirilmiş olan özel zamanaşımı süresinde ileri sürmek zorundadır[121]. Fransız kanun koyucusu, medeni kanunun yürürlüğe girdiği 1804 yılından, 17 Şubat 2005 tarihinde gerçekleştirilen kanun değişikliğine kadar, FrMK m.1648 hükmünde, satılanın ayıplı olmasından doğan davaların, alıcı tarafından, satılandaki ayıbın niteliği ve satışın yapıldığı yerdeki teamül nazara alınarak, *kısa bir süre içinde (dans un bref délai)* açılması gerektiğini öngörmüştü. Böylece, Fransız Medeni Kanunu'nda, bazı özel hükümler hariç olmak üzere[122], ayıptan sorumlulukta herhangi bir zamanaşımı süresi belirlenmemiş, davanın açılabileceği sürenin başlangıç anına yer verilmemiş ve bütün bu soruların cevabı hâkime bırakılmıştı[123].

---

[119] ATAMER, s. 202; BUCHER/BUZ, s. 169.

[120] BUCHER/BUZ, s. 146 vd.; SEROZAN, N 728; ATAMER, s. 202 vd.

Belirtmek gerekir ki, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun çerçevesinde ayıp bildirim külfetine yer verilmemiş, bunun yerine TKHK m.10/f.I'de ispat külfetini ilgilendiren, altı aylık bir süre öngörülmüştür. Bkz. NOMER Halûk Nami, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 17. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2020, N 285.6; SEROZAN, N 731; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 131, 132.

[121] Detaylı bilgi için bkz. BÉNABENT, Contrats, s. 183 vd.; MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 261 vd.; PUIG, s. 369; RAYNARD/SEUBE, s. 214 vd.; KARA Doğan, **Satış Sözleşmesi Çerçevesinde Ayıptan Sorumlulukta Zamanaşımı ve Ayıptan Doğan Def'i Hakları**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020 (Zamanaşımı), s. 18 vd.

[122] Fransız kanun koyucusu, inşa edilecek yapıların satışında, gemi satışında ve hayvan satışında farklı süreler öngörmüştür. Farklı örnekler için bkz. BÉNABENT, Contrats, s. 185; MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 262, dn. 61; PUIG, s. 369.

[123] MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 261, 262; HUET/DECOCQ/GRIMALDI/LÉCUYER, s. 295, 296; BÉNABENT, Contrats, s. 173, 184; BUCHER/BUZ, s. 153. Söz konusu hükmün Fransız Medeni Kanunu'nda sürenin belirlenmeyerek, takdirin hâkime bırakıldığı tek durum olduğu ifade edilmektedir. Bkz. MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 262. Söz konusu hükmün Roma Hukuku'nda köle ve hayvan satışında satıcının ayıplardan yalnızca kısa bir süre

FrMK m.1648/f.I hükmüyle yaratılan hukuki esneklik, ayıptan doğan garanti yükümlülüğünün pek çok farklı durumda, farklı şartlar altında meydana gelmesi ve söz konusu farklı olayların aynı şekilde değerlendirilemeyeceği düşüncesine dayanmaktaydı[124]. Böylece, iki yüz yıl boyunca Fransız Hukuku'nda ayıptan sorumlulukta belirli bir zamanaşımı süresi tespit edilmeksizin, alıcının ayıptan doğan haklarını, kısa bir süre içinde kullanması yeterli görülmüştür.

18 Şubat 2007 tarihinde yürürlüğe girmiş olan kanun değişikliyle, satılanın ayıplarından sorumluluk açısından belirli bir zamanaşımı süresi kabul edilmiştir. FrMK m.1648/f.I[125] hükmünün yeni düzenlemesine göre: *"satılanın ayıplı olmasından doğan davalar alıcı tarafından ayıbın öğrenilmesinden itibaren iki yıllık süre içinde açılmalıdır"*. Söz konusu hükme göre, ilk olarak, zamanaşımı süresinin başlangıç anı *(dies a quo)*, ayıbın etkili bir şekilde öğrenildiği, tespit edildiği veya farkına varıldığı andır[126]. Bu an, yalnızca nitelik eksikliğinin değil, aynı zamanda ayıbın kapsam ve mahiyetinin de öğrenilmesini gerekli kılar[127]. İkinci olarak, zamanaşımı süresinin, alıcının satılandaki ayıbı tespit edebilecek durumda olmasıyla veya ayıbın görünür

---

sonra ileri sürülmesi durumunda sorumlu olacağının öngörülmesinden kaynaklandığı ifade edilmektedir. Bkz. BÉNABENT, Contrats, s. 184; PUIG, s. 369.

Fransız Yargıtayı dört adet metal çatı iskeleti satışında, davanın, ayıbın öğrenilmesinden itibaren, bir yıl sonra açılması durumunda, zamanaşımı süresinin dolduğuna hükmetmiştir. Bkz. Cour de cassation, Chambre commerciale 17, 2.1981, 79-11800 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021).

[124] MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 262; BÉNABENT, Contrats, s. 184. Öte yandan, bu hüküm hukuki belirsizlik yaratması ve keyfiyete neden olması sebebiyle oldukça eleştirilmiştir. Bkz. PUIG, s. 369; RAYNARD/SEUBE, s. 212, 213; HUET/DECOCQ/GRIMALDI/LÉCUYER, s. 296 vd.

[125] **FrMK m.1648/f.I:** *"Satılanın ayıplı olmasından doğan davalar alıcı tarafından ayıbın öğrenilmesinden itibaren iki yıllık süre içinde açılmalıdır. (L'action résultant des vices rédhibitoires doit être intentée par l'acquéreur dans un délai de deux ans à compter de la découverte du vice.)"*

[126] MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 262; MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI, s. 909; BÉNABENT, Contrats, s. 184; PUIG, s. 370. Örneğin ayıp teknik bir eksikliğe dair ise zamanaşımı süresi bilirkişi raporunun sunulmasıyla başlayacaktır. Bkz. Cour de cassation, Chambre commerciale, du 6.3.2001, 98-18.562 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021); PUIG, s. 370. Şayet bilirkişiler arasında görüş birliği bulunmazsa, zamanaşımı süresi resmi bilirkişi raporuyla birlikte işlemeye başlayacaktır. Bkz. Cour de cassation, Chambre civile 1, du 19.3.1991, 88-16.208 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021). Roma Hukuku'nda da aynı yönde bkz. AMAUDRUZ, s. 11, 12.

[127] *Örneğin* bkz. Cour de cassation, Chambre civile 3, 14.6.1989, 87-19312 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021): *"... connaître les vices dans leurs causes et leur amplitude..."*; Cour de cassation, Chambre civile 3, 14.6.1989, 87-19312 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021).

hale gelmesiyle birlikte de başlaması da mümkündür[128]. Bu sebeple, Fransız öğretisinde, zamanaşımı süresinin başlangıç anının net bir şekilde öngörülmemesi sebebiyle, önceki kanun döneminde mevcut olan belirsizliğin halen tam anlamıyla giderilemediği ifade edilmektedir[129]. Zamanaşımı süresi içinde, alıcının muhakkak dava açması gerekmektedir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurulması zamanaşımı süresinin korunması açısından yeterli değildir[130]. Öte yandan, FrMK m.1648 hükmünde nispeten kısa bir zamanaşımı süresi öngörülmüş olması sebebiyle, sürenin satıcı lehine getirildiği ifade edilmekte ve alıcı lehine genişletici yoruma başvurulamayacağı belirtilmektedir[131].

17 Haziran 2008 tarihli kanun değişikliği ile FrMK m.2232/f.I hükmünde[132] zamanaşımı süresinin başlangıç noktasının ertelenmesi ya da zamanaşımının durması veya kesilmesi yoluyla, zamanaşımı süresinin, hakkın *(objektif olarak)* doğduğu günden başlayarak, yirmi yılı aşacak şekilde etki doğuramayacağı düzenlenmiştir[133]. Böylece, gerek kanunen zamanaşımının uzun yıllar sonra işlemeye başladığı durumlarda, gerek sözleşmeyle tarafların daha uzun bir zamanaşımı süresi kararlaştırmış olması ihtimalinde, gerekse durma ve kesilme sebepleriyle sürenin haddinden fazla uzadığı hallerde kanun koyucu yirmi yıllık bir *kesin süre (délai butoir)* öngörmüştür. Hu-

---

[128] HUET/DECOCQ/GRIMALDI/LÉCUYER, s. 299; RAYNARD/SEUBE, s. 215, 216.

[129] MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 262. Nitekim, genel zamanaşımı süresini düzenleyen FrMK m.2224 hükmünde açıkça zamanaşımı süresinin, hakkın sahibinin hakkını icra edebileceği vakıaları öğrenmesi veya öğrenmesinin mümkün olması anından itibaren işlemeye başlayacağı açıkça öngörülmüştür. Bkz. BÉNABENT, Obligations, s. 662.

[130] MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 262; HUET/DECOCQ/GRIMALDI/LÉCUYER, s. 297, 298; RAYNARD/SEUBE, s. 216. Adli yardım talebi dâhil olmak üzere, her türlü davanın, sürenin korunması açısından yeterli olduğu yönünde bkz. BÉNABENT, Contrats, s. 185.

[131] MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 262.

[132] **FrMK m.2232/f.I:** *"Zamanaşımının başlangıç anının ertelenmesi, zamanaşımının durması veya kesilmesi, zamanaşımı süresinin etkisini, hakkın doğumundan itibaren yirmi yılı aşacak şekilde uzatamaz. (Le report du point de départ, la suspension ou l'interruption de la prescription ne peut avoir pour effet de porter le délai de la prescription extinctive au-delà de vingt ans à compter du jour de la naissance du droit.)"*

[133] Söz konusu hüküm Avrupa Birliği Hukuku, Alman Hukuku ve çeşitli uluslararası kanunlaştırma hareketleri göz önünde bulundurularak getirilmiş olup, ticari işlemlerin daha hızlı bir şekilde çözüme kavuşturulmasını amaçlamaktadır. Bkz. MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI, s. 929, 930; BÉNABENT, Obligations, s. 674. Alman Hukuku'nda bu süre otuz yıl olarak düzenlenmiştir. Bkz. BGB §202; MEDICUS Dieter / LORENZ Stephan, **Schuldrecht II, Besonderer Teil**, 18. neu bearbeitete Auflage, Verlag C.H.Beck, München, 2018, §9 N 22. FrMK m.2232 hükmünün eleştirisi için bkz. TERRÉ/SİMLER/LEQUETTE, s. 1525 vd.

kuk güvenliğini sağlamak amacıyla öngörülmüş olan söz konusu süre, esasen hakkın doğumundan itibaren değil de, daha sonraki bir andan -örneğin alıcının ayıbın varlığını öğrendiği veya öğrenmesinin mümkün olduğu andan- itibaren başlayacak olan zamanaşımı süresinin, hiçbir zaman dolmama tehlikesini bertaraf etmeyi amaçlamaktadır[134]. Söz konusu hükmün ayıptan doğan alacak haklarının tabi olduğu iki yıllık zamanaşımı süresine de uygulanacağı kabul edilmektedir[135]. Böylece, alıcının satılanın ayıplı olduğunu öğrendiği veya öğrenmesinin mümkün olduğu andan itibaren başlayacak olan iki yıllık süre, hakkın doğduğu yani *sözleşmenin kurulduğu andan itibaren* yirmi yıllık kesin süreyle sınırlandırılmış olmaktadır[136]. Ancak, belirtmek gerekir ki, FrMK m.2232 hükmünde öngörülen sürenin niteliği, Fransız öğretisinde tartışmalıdır. Bu sürenin bir hak düşürücü süre mi *(délai de déchéance)* yoksa bir zamanaşımı süresi mi *(délai de prescription)* olduğu, başka bir deyişle kamu düzenini koruma gibi saiklerle mi getirildiği, yoksa sadece taraf menfaatlerine mi hizmet ettiği ve böylece sözleşmeyle değiştirilip değiştirilemeyeceği konusunda görüş birliği bulunmamaktadır[137]. Söz konusu tartışmanın en önemli tarafı ise, hâkimin yirmi yıllık kesin sürenin dolduğunu re'sen nazara alıp alamayacağı hususunda kendisini göstermektedir. Öte yandan, söz konusu kesin sürenin bedensel zararlar açısından (FrMK m.2226) uygulanmayacağı, geciktirici şart gerçekleşene kadar ya da vade tamamlanana değin işleyen süreyi kapsamayacağı (FrMK m.2233), eşler arasında zamanaşımı süresinin işlemediği yönündeki durma sebebini (FrMK m.2236) etkilemeyeceği FrMK m.2232 al. II hükmünde ayrıca düzenlenmiştir. Alacaklının dava veya icra takibine başvurması sebebiyle zamanaşımı süresinin kesilmesi durumunda da (FrMK m.2241 ve m.2244) yirmi yıllık süre uygulanmayacaktır.

FrTK m. L218-2 hükmünde, ticari ve mesleki amaçla hareket eden satıcı veya sağlayıcılar ile tüketiciler arasında akdedilen sözleşmelerden doğan davaların, satılanın tesliminden itibaren iki yılda zamanaşımına uğrayacağı öngörülmüştür. Söz konusu iki yıllık sürenin satılanın tesliminden başlaması nazara alındığında, tüketicinin normal alıcılara nazaran daha elverişsiz bir konumda bulundurulması eleştirilmekte ve bu durumda tüketicinin FrMK m.1648 hükmünde düzenlenen ve öğrenme anından başlayan iki yıllık za-

---

134 TERRÉ/SİMLER/LEQUETTE, s. 1524; MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI, s. 929.

135 BÉNABENT, Contrats, s. 185; MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 262.

136 MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 262.

137 Söz konusu tartışmalar için bkz. MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI, s. 931.

manaşımı süresinden yararlanabileceği; hatta, taraflar ileri sürmese bile, hâkimin re'sen bu durumu nazara alabileceği ifade edilmektedir[138].

Belirtmek gerekir ki, TBK m.231 ve İsvBK m.210 uyarınca, taşınır satışında, alıcının ayıptan doğan alacak hakları, iki yıllık zamanaşımı süresine tabi kılınmıştır. Zamanaşımı süresinin uzunluğu açısından, Fransız Hukuku ile İsviçre-Türk Hukuku'nun uyumlu olduğu söylenebilir. Öte yandan, iki hukuk sistemi açısından en büyük fark, zamanaşımı süresinin başlangıç anı *(dies a quo)* açısından kendisini göstermektedir. Zira, TBK m.231/f.I hükmüne göre, iki yıllık zamanaşımı süresi, satılanın alıcıya devriyle başlamaktadır. Satılanın alıcıya devri ifadesinin, İsvBK m.210/f.I ve eBK m.207/f.I hükmüne uygun olarak, *"satılanın teslimi"* şeklinde anlaşılması gerektiği kabul edilmektedir[139]. O halde, taşınır satışında, iki yıllık zamanaşımı süresi, İsviçre-Türk Hukuku'nda satılanın teslimiyle birlikte başlamakta iken, Fransız Hukuku'nda, ayıbın öğrenilmesinden itibaren başlayacaktır. Şüphesiz, Fransız Hukuku'nun tatbik edildiği bir uyuşmazlıkta, ayıptan doğan haklarını, ayıbı öğrenmesinden itibaren ileri sürebilen alıcı, İsviçre-Türk Hukuku'na nazaran çok daha elverişli bir konuma sahiptir. Zira, İsviçre-Türk Hukuku açısından, alıcının ayıptan doğan haklarının, henüz ayıp ve ayıptan doğan zarar ortaya çıkmadan zamanaşımına uğraması, pek çok olayda, alıcıyı birçok hukuki imkândan yoksun bırakarak, garanti rejimini düzenleyen normların koruma amacına aykırı ve keyfi bir sonuç yaratmaktadır[140]. Öte yandan, TBK m.244/f.III ve İsvBK m.219/f.III uyarınca, taşınmaz satışında ayıptan doğan alacak hakları, taşınmazın mülkiyetinin geçmesinden itibaren beş yıllık zamanaşımı süresine tabi kılınmıştır[141].

---

[138] MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 262; PUIG, s. 370, 371.

[139] ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, OR Art.210 N 4; BK-BECKER, OR Art.210 N 3; CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, CO art.210 N 4; GAUCH Peter, **Le contrat d'entreprise**, (adaptation française par Benoît Carron), Schulthess Juristische Medien AG, Zurich, 1999, N 2254; TERCIER/BIERI/CARRON, N 745; TANDOĞAN, s. 200; YAVUZ, s. 156; SEROZAN, N 739; ARAL/AYRANCI, s. 154; ATAMER, s. 217. Detaylı bilgi için bkz. KARA, Zamanaşımı, s. 182.

[140] İleri sürülen farklı çözüm yolları açısından bkz. GAUCH, N 2259; PICHONNAZ Pascal, "La prescription de l'action en dommages-intérêts: Un besoin de réforme", **Le temps dans la responsabilité civile**, Colloque du droit de la responsabilité civile 2005, Université de Fribourg, Stämpfli Éditions SA, Berne, 2007, s. 71-106 (Dommages-intérêts), s. 81-88; BSK-ZINDEL/PULVER/SCHOTT, OR Art.371 N 15; KARA, Zamanaşımı, s. 196 vd.

[141] Her ne kadar TBK m.244/f.III hükmünde yapı, İsvBK m.219/f.III hükmünde Fransızca *"bâtiment"* ve Almanca *"Gebäude"* kelimeleri tercih edilmişse de, hükmün bütün taşınmazlar açısından uygulanacağı kabul edilmektedir. Bkz. CR-FOËX, CO art.219 N 22; BSK-HONSELL, OR Art.219 N 10; HONSELL, s. 201; TERCIER/BIERI/CARRON, N 1003;

B. İspat Yükü

Kural olarak, alıcı, satılanda ayıptan sorumluluğa vücut verecek derece bir ayıbın bulunduğunu, ayıbın satış sözleşmesinin akdedilmesinden önce satılanda mevcut olduğunu; başka bir deyişle, ayıbın satış sözleşmesine atfedilebilir olduğunu ve satılanda bulunan ayıbın gizli ayıp niteliğinde olduğunu ispat etmekle yükümlüdür[142]. Alıcıya ispat etmesi için yüklenen bu üç temel husus, vakıalara ilişkin olduğundan, her türlü delille, özellikle bilirkişi marifetiyle ispat edilebilir[143]. Bu durumda, esas hakkında karar verecek olan hâkim, geniş bir takdir yetkisine sahiptir.

İlk olarak, alıcı, *ayıbın varlığını ve sebebini ispat* etmelidir[144]. Yalnızca beklenilen niteliklerin satılanda yer almadığı vakıası, ayıbın ispatı için yeterli değildir[145]. Ayıbın varlığı, her türlü yolla ispat edilebilir. Özellikle, nitelik eksikliğinin başka bir sebepten ileri gelemeyeceği ortaya konarak ispat faaliyeti gerçekleştirilebilir[146]. Hâkim ayrıca, alıcıya düşen ispat yükünü tersine çevirmeden,

---

CAVIN, Vente, s. 133, 134; STANISLAS, s. 159; SEROZAN, N 873; EREN, N 579; İsvFM, ATF 104 II 265 = JdT 1979 I 95; İsvFM, 13.7.2008, 4A_235/2008: *"... Söz konusu zamanaşımı süresi inşa edilmiş veya edilmemiş olan her türlü taşınmaz için uygulanır..."*.

[142] BÉNABENT, Contrats, s. 186; RAYNARD/SEUBE, s. 216; MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 263; Cour de cassation, Chambre civile 1, 12.7.2007, 05-10435 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021); Cour de cassation, Chambre civile 1, 8.1.2020, 18-21526 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021): *"... Ayıptan sorumluluğa dayanarak dava açan alıcı, iddia ettiği ayıbın varlığını ve sebebini ispat etmek; gerektiğinde bilirkişi yoluna başvurmak zorundadır... (Alors que c'est à l'acquéreur exerçant l'action en garantie des vices cachés qu'il appartient de rapporter la preuve de l'existence et de la cause des vices qu'il allègue, en sollicitant au besoin une mesure d'expertise)"*.

[143] BÉNABENT, Contrats, s. 186; MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 263. Ayıbın bilirkişi marifetiyle ispatı açısından bkz. Cour de cassation, Chambre civile 1, 8.1.2020, 18-21526 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021); Cour de cassation, Chambre civile 1, 12.7.2007, 05-10435 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021).

[144] RAYNARD/SEUBE, s. 211, 216; MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 263; BÉNABENT, Contrats, s. 186; Cour de cassation, Chambre civile 1, 12.6.2014, 13-11905 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021); Cour de cassation, Chambre commerciale, 25.11.1961, Bulletin civile III N 380 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021); Cour de cassation, Chambre civile 1, 12.7.2007, 05-10435 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021).

[145] Cour de cassation, Chambre civile 1, 15.1.1976, 73-13036 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021).

[146] MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 263; Cour de cassation, Chambre civile 1, 15.7.1999, 97-16783 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021); Cour de cassation, Chambre civile 1, 21.7.1987, 85-18273 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021): karara konu olayda, bilirkişi raporuyla, aracın satıldıktan birkaç ay sonra, normal bir şekilde kullanılırken alev aldığı tespit edilmiştir. Alıcının aracı yanlış bir şekilde kullandığı da tespit edilememiştir. Fransız Yargıtayı, mevcut durumun, satılanda yer alan bir ayıptan başka bir sebeple gerçekleşemeyeceği yönünde karar vermiştir.

karinelerden ve emarelerden yararlanabilir[147]. Bu durumda, hâkim, ayrıca satıcının davranışlarından da bir çıkarımda bulunabilir[148]. Ayıbın varlığının, satış sözleşmesinin akdedildiği ana göre tespit edilmesi gerekir[149].

İkinci olarak, alıcı, *ayıbın satıştan önce satılanda mevcut olduğunu ispat* etmesi gerekir. Başka bir deyişle, ayıbın satışa atfedilebilir olduğunun; yani, hasarın geçişi anında, satılanda bir nitelik eksikliği bulunduğunun ispat edilmesi şarttır[150]. Satılanın mutat kullanıma elverişsiz olması durumu, teslim anında veya teslimden kısa bir süre sonra ortaya çıkmışsa bu durumda ayıbın satıştan önce satılanda mevcut olduğu kabul edilebilir[151]. Aynı şekilde, satış anında satılanın görünürde eksiksiz ve iyi çalışır vaziyette olmasına rağmen, meydana gelen zararın yalnızca bir ayıptan ileri gelebileceğinin ispat edilmesi durumunda, alıcı ispat yükünü yerine getirmiş sayılabilir[152].

Fransız Tüketici Hukuku'nda, kanun koyucu, FrTK m. L217-7 f. I hükmünde[153], bir adi karine *(présomption simple)* getirmiştir. Şayet, ayıp satılanın tesliminden sonra *yirmi dört ay* içinde meydana gelmişse, ayıbın satış

---

147 MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 263. Örneğin bkz. Cour de cassation, Chambre civile 1, 24.9.2009, 08-16097 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021).

148 MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 263; Cour de cassation, Chambre commerciale, 1.4.1997, 94-17137 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021): karara konu olayda, satıcı, masrafları kendisine ait olmak üzere, ayıplı parçayı değiştirmeyi kabul etmiştir. Fransız Yargıtay'ına göre, aksi yönde bir emare olmadıkça, bu davranış, ayıbın varlığı şartının gerçekleştiğini göstermektedir.

149 Örneğin bkz. Cour de cassation, Chambre civile 1, 26.9.2012, 11-20275 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021): *"... gizli ayıbın varlığı, satılanın edinildiği ana göre belirlenir..."*

150 BÉNABENT, Contrats, s. 186; PUIG, s. 368; RAYNARD/SEUBE, s. 213; MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 263; Cour de cassation, Chambre commerciale, 29.4.2014, 12-24628 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021); Cour de cassation, Chambre civile 1, 12.6.2014, 13-11905 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021); Cour de cassation, Chambre civile 2, 11.4.2019, 17-31497 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021); Cour de cassation, Chambre commerciale, 8.7.1981, 79-13110 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021); Cour de cassation, Chambre commerciale, 18.1.1984, 82-14977 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021): Fransız Yargıtayı, kararda, ayıbın satıştan önce varlığının ispat edilememiş olması sebebiyle istinaf mahkemesinin kararını bozmuştur.

151 RAYNARD/SEUBE, s. 213; MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 264; PUIG, s. 368. *Örneğin* bkz. Cour de cassation, Chambre civile 1, 21.7.1987, 85-18273 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021); Cour de cassation, Chambre civile 1, 26.3.1980, 78-16195 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021): Fransız Yargıtayı, ayıbın satıştan birkaç gün sonra ortaya çıkmış olması sebebiyle, ayıbın satıştan önce mevcut olduğunu kabul etmiştir.

152 MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 264; Cour de cassation, Chambre civile 1, 15.7.1999, 97-16783 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021).

153 **FrTK m. L217-7 f. I:** *"Malın tesliminden itibaren yirmi dört ay içinde görünür hale gelen ayıpların, aksi öngörülmediği sürece, teslim anında bulunduğu karine olarak varsayılır. (Les défauts de conformité qui apparaissent dans un délai de vingt-quatre mois à partir de la délivrance du bien sont présumés exister au moment de la délivrance, sauf preuve contraire.)"*

sözleşmesi akdedilmeden önce satılanda mevcut olduğu ve satıcının bu ayıptan sorumlu olduğu kabul edilmektedir. Bu durumda, satıcının söz konusu karinenin aksini ispat etmesi her zaman mümkündür. Keza, benzer bir karineye, Türk Hukuku'nda, *"ispat yükü"* başlığını taşıyan 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK) m.10/f.I hükmünde de yer verilmiştir. Bu hükme göre, teslim tarihinden itibaren *altı ay* içinde ortaya çıkan ayıpların, teslim tarihinde var olduğu kabul edilir[154]. Bu durumda, TKHK m.10/f.I uyarınca, satıcı, malın ayıplı olmadığını ispat yükü altındadır. Bu açıdan, FrTK m. L217-7 hükmünün, TKHK m.10/f.I hükmüne nazaran, tüketiciler açısından daha geniş bir koruma getirdiği söylenebilir.

Ayıptan sorumluluk temeline dayanan bir davada ayrıca, ayıbın gizli olduğunun ispat edilmesi gerekir. Fakat, kural olarak, ayıbın gizli olduğunu, alıcı değil; ayıbın açık ayıp niteliğinde olduğunu satıcı ispat eder *(aksini ispat)*[155]. Şayet ayıbın niteliği gereği açık ayıp olduğu ispat edilemiyorsa, satıcı, ayıbın varlığının alıcı tarafından bilindiğini, örneğin kendisinin satılandaki eksiklik konusunda alıcıyı bilgilendirdiğini ispat etmelidir[156]. Her zaman olmasa da bazı durumlarda, satış bedelinin piyasa fiyatından düşük olması, satılanın bazı nitelikleri karşılamadığının alıcı tarafından bilindiği yönünde bir karine teşkil edebilir[157]. Aynı şekilde, meslekten alıcının, satılandaki ayıbı karine olarak bildiği varsayılır[158]. Alıcı, bu durumda, kendisi aleyhine kabul edilmiş olan karineyi çürütmek için, satılanda kullanımla ortaya çıkan ve muayeneyle tespit edilemeyen *(indécelable)* bir ayıp oldu-

---

[154] Doğası gereği, çabuk bozulan mallar açısından, karinenin, TKHK m.10/f.I uyarınca, malın ve ayıbın niteliğiyle bağdaşmadığı yönünde bkz. ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 126.

[155] BÉNABENT, Contrats, s. 186; RAYNARD/SEUBE, s. 216; MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 264.

[156] MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 264; Cour de cassation, Chambre civile 3, 26.2.2003, 01-12750 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021); Cour de cassation, Chambre civile 1, 3.3.1970, 70-10276 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021): karara konu olayda, satıcı, satılanın ihtiva ettiği tehlike konusunda alıcıyı uyardığını ispat ederek sorumluluktan kurtulmuştur.

[157] MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 264; Cour de cassation, Chambre civile 1, 13.5.1981, 80-10876 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021): Fransız Yargıtayı'na göre, alıcı, arabanın bedelinin düşük olması sebebiyle, satılanın iyi bir durumda bulunduğundan şüphe etmelidir. Bu nedenle, alıcının satılandaki ayıbı bildiği söylenebilir.

[158] MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 256; BÉNABENT, Contrats, s. 181, 186; Cour de cassation, Chambre civile 1, 18.12.1962, Bulletin civile N 308 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021); Cour de cassation, Chambre civile 3, 13.12.2000, 98-23064 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021); Cour de cassation, Chambre commerciale, 16.12.1981, 80-12216 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021); Cour de cassation, Chambre commerciale, 12.11.2020, 17-31713 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021).

ğunu ispat etmelidir[159]. Bu durumda, satıcının, davanın reddini sağlamak amacıyla, alıcının ayıbı öğrenmesinin üzerinden iki yıl geçtiğini, böylece zamanaşımı süresinin dolduğunu ispat etmesi mümkündür[160].

Son olarak, alıcının, satılanın ayıplı olması sebebiyle uğradığı zararı, satıcıdan tazmin ettirebilmesi için, *satıcının kötü niyetli olduğunu ispat* etmesi gerekir[161]. Başka bir deyişle, satıcının satış sözleşmesinin akdedildiği anda, satılandaki ayıbı bildiği ispat edilirse, alıcı, sözleşmeden dönme veya bedel indirimi haklarına ilave olarak, ayıp sebebiyle uğradığı zararın tazminini talep edebilir. Şayet, satıcı, satış sözleşmesini mesleği icabı akdetmişse, ayıbı karine olarak bildiği varsayılır[162]. Belirtmek gerekir ki, bu konunun detaylılarına aşağıda değinilmiştir.

III. AYIPTAN SORUMLULUĞUN SONUÇLARI

1. Alıcının Başvurabileceği Seçimlik Haklar

A. Sözleşmeden Dönme ve Bedel İndirimi Hakkı

Roma Hukuku'ndan beri, ayıptan sorumluluk rejimi alıcıya iki temel hak tanımaktadır: sözleşmeden dönme *(actio redhibitoria - action rédhibitoire)* ve bedel indirimi *(actio quanti minoris/aestimatoria - action minutoire/estimatoire)*. Nitekim, Fransız kanun koyucusu, FrMK m.1644 hükmünde[163], alıcının satılanı iade ederek satış bedelini isteyebileceğini veya satılanı alıkoyarak satış bedelinin bir kısmını talep edebileceğini düzenlemektedir. İlk olarak, alıcı, FrMK m.1644 uyarınca, sözleşmeden dönme *(résolution de la*

---

[159] MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 257, 264; Cour de cassation, Chambre commerciale, 12.11.2020, 17-31713 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021).

[160] BÉNABENT, Contrats, s. 186; Cour de cassation, Chambre civile 3, 9.1.2011, 10-11573 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021).

[161] MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 264; RAYNARD/SEUBE, s. 219; BÉNABENT, Contrats, s. 186; Cour de cassation, Chambre commerciale, 12.12.1984, 83-12883, 96-14996 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021); Cour de cassation, Chambre civile 1, 22.11.1988, 85-17210 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021).

[162] BÉNABENT, Contrats, s. 186; MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 264. Bu durumda, alıcının kendisinin de mesleki faaliyeti sebebiyle sözleşme ilişkisine girmiş olması, satıcının ayıbı bildiği yönündeki karineyi etkilemez. Bkz. MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 264.

[163] **FrMK m.1644:** *"1641. ve 1643. maddelerde belirtilen hallerde, alıcı, satılanı geri vererek satış bedelinin iadesini sağlamak veya satılanı kendinde tutarak satış bedelinin bir kısmının iadesini sağlamak konusunda seçim hakkını haizdir. (Dans le cas des articles 1641 et 1643, l'acheteur a le choix de rendre la chose et de se faire restituer le prix, ou de garder la chose et de se faire rendre une partie du prix.)"*

vente) hakkını kullanabilir. Böylece, satılanı geri vererek ederek, satış bedelinin iadesini talep eder. İkinci olarak, alıcı, bedel indirimi *(réduction du prix)* hakkını kullanabilir; böylece, satış sözleşmesini ayakta tutarak, satılanı kendinde alıkoyabilir ve satış bedelinin ayıp oranında indirilmesini talep eder. Belirtmek gerekir ki, Romanist hukuk geleneğinin bir sonucu olarak, İsviçre-Türk Hukuku'nda da, TBK m.227/f.I ve İsvBK m.205 uyarınca, alıcının, ayıptan sorumlulukta sözleşmeden dönme ve bedel indirimi seçimlik haklarını kullanabileceği düzenlenmiştir[164]. Ayrıca, Türk Hukuku'nda, TKHK m.11 uyarınca, tüketici satışlarında, aynı haklara başvurulabileceği ayrıca belirtilmiştir.

Kural olarak, seçim hakkı hâkime değil, alıcıya tanınmıştır; keza, alıcı, kendisine tanınan seçimlik haklardan istediğini seçmekte serbesttir[165]. Bu durumda, alıcı, niçin sözleşmeden dönme veya bedel indirimi hakkını seçtiğini belirtmek zorunda değildir. Hatta, satılanın alıcı tarafından onarılmış olması ve satıcının değişim veya onarım teklif etmesi de, alıcının yapacağı seçimi etkilememektedir[166]. Buna karşın, Fransız Hukuku'nun aksine, İsviçre-Türk Huku-

---

[164] Alıcının, ayıplı ifa halinde, Viyana Milletlerarası Mal Satım Sözleşmesi (CISG) ve TBK açısından karşılaştırmalı olarak sahip olduğu haklar açısından bkz. AKÇURA KARAMAN, Alıcının Hakları, s. 224 vd.; AKÇURA KARAMAN Tuba, "Borçlar Kanunu ve Viyana Satım Antlaşması (VSA) Çerçevesinde Satıcının Ayıptan Sorumluluğu ve Alıcının Hakları", **GSÜHFD**, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması'nın (CISG) Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi Sempozyumu Özel Sayısı, 2013/1, s. 225-258 (Ayıp), s. 225 vd.

[165] HUET/DECOCQ/GRIMALDI/LÉCUYER, s. 301, 302; MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 265; RAYNARD/SEUBE, s. 217; PUIG, s. 373; Cour de cassation, Chambre civile 3, 17.1.1988, 86-15031 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021); Cour de cassation, Chambre civile 1, 5.5.1982, 81-10315 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021); Cour de cassation, Chambre civile 3, 20.10.2010, 09-16788 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021): *"... Bedel indirimi veya sözleşmeden dönme haklarından birini tercih etmek, hakime değil alıcıya düşer. Alıcı, bu durumda talebini gerekçelendirmek zorunda değildir..."*.

[166] HUET/DECOCQ/GRIMALDI/LÉCUYER, s. 302; PUIG, s. 373. Fransız Yargıtayı, satılanın alıcı tarafından onarılmış olması durumunda dahi, ayıbın arz ettiği önem sebebiyle sözleşmeden dönme hakkının kullanılabileceğine karar vermiştir. Bkz. Cour de cassation, Chambre civile 3, 17.1.1988, 86-15031 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021). Satıcının onarım teklif etmiş olması durumunda dahi, bunun bağlayıcı olmadığı yönünde bkz. Cour de cassation, Chambre civile 3, 20.10.2010, 09-16788 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021); Cour de cassation, Chambre civile 1, 23.5.1995, 93-17367 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021): *"... satıcının onarım talebi, alıcının ayıptan sorumluluk çerçevesinde kullanabileceği haklara halel getirmez..."*. Satıcının değişim teklif etmiş olması durumunda, alıcının serbestçe seçimlik haklarını kullanabileceği yönünde bkz. Cour de cassation, Chambre civile 1, 5.5.1982, 81-10315 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021).

Buna karşın, şayet ayıp önemsiz bir tamirle kolayca giderilebilir bir nitelik eksikliğine dairse ve satıcı, onarım teklif etmişse, bu durumda ayıptan sorumluluk hükümleri uygulanmaz. Bkz. Cour de cassation, Chambre civile 1, 23.5.1995, 93-17367 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021).

ku'nda, TBK m.227/f.III ve İsvBK m.206/f.II uyarınca, satıcının alıcıya malın ayıpsız benzerini hemen vererek ve uğradığı zararın tamamını tazmin ederek, seçimlik haklarını kullanmasına mâni olabileceğini hatırlatmak gerekir.

Öte yandan, Fransız Hukuku'nda, alıcının tercihi, tamamen sınırsız değildir. Alıcının seçim hakkının üç halde sınırlandırıldığı kabul edilmektedir. *İlk olarak,* şayet, alıcı, satılanı kullanmışsa, bir başkasına devretmişse veya kendi ihmali sonucunda ya da kendi kusuru olmaksızın, FrMK m.1647 uyarınca beklenmeyen hal *(cas fortuit)* sebebiyle satılan yok olmuşsa, alıcı sözleşmeden dönme hakkını kullanamaz[167]. Bunun yerine, alıcı, bedel indirimi hakkını tercih etmek zorundadır. Fransız Hukuku'na benzer şekilde, İsviçre-Türk Hukuku'nda, TBK m.228/f.II ve İsvBK m.207/f.II uyarınca, satılan alıcıya yüklenebilen bir sebeple yok olmuşsa, alıcı onu başkasına devretmişse veya biçimini değiştirmişse, yalnızca bedel indirimi seçimlik hakkı kullanılabilir. Buna karşın, Fransız Hukuku'ndan farklı olarak, TBK m.228/f.I ve İsvBK m.207/f.I uyarınca, satılan beklenmedik hal sebebiyle yok olmuşsa, alıcı yine de sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmektedir. *İkinci olarak,* şayet satılandaki ayıp, yeterince önemli veya ağır değilse, hâkim, alıcının sözleşmeden dönme hakkı yerine, bedel indirimi hakkını kullanmasına karar verebilir[168]. Nitekim, benzer şekilde, TBK m.227/f.IV ve İsvBK m.205/f.IV uyarınca, durum, sözleşmeden dönme hakkını haklı göstermiyorsa; başka bir deyişle, alıcının sözleşmeden dönmesi hakkaniyete aykırı düşüyorsa, alıcı, indirim ve onarım haklarını kullanabilmektedir[169]. Bu durumda, Fransız Hu-

---

[167] HUET/DECOCQ/GRIMALDI/LÉCUYER, s. 304; RAYNARD/SEUBE, s. 218; PUIG, s. 373; BÉNABENT, Contrats, s. 187; Cour de cassation, Chambre commerciale, 17.5.1982, 80-16040 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021); Cour de cassation, Chambre civile 1, 23.10.1974, 72-13060 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021); Cour de cassation, Chambre civile 1, 12.1.1994, 95-15825 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021): *"... satılanın yok olması, alıcının ihmali neticesinde gerçekleşmiştir. Bu durumda, satılanın alıcıya iadesi imkânsız hale geldiğinden, ayıp sebebiyle satıştan dönme hakkının kullanılması mümkün değildir..."*. Beklenmeyen hal *(cas fortuit)* açısından bkz. MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 267, dn. 9.

[168] BÉNABENT, Contrats, s. 187; HUET/DECOCQ/GRIMALDI/LÉCUYER, s. 302; PUIG, s. 376; Cour de cassation, Chambre commerciale, 6.3.1990, 88-14929 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021); Cour de cassation, Chambre civile 3, 25.6.2015, 13-17254 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021); Cour de cassation, Chambre civile 3, 17.1.1988, 86-15031 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021): *"... şayet ayıp, sözleşmeden dönme hakkını haklı çıkaracak derecede yeterli ağırlığa sahip değilse, yalnızca sözleşmeden dönme hakkı kullanılabilir..."*.

[169] Hâkimin böyle bir durumda bedel indirimine karar vermeyip, dönme hakkının şartlarının oluşmaması sebebiyle davayı reddetmesi hukuka aykırıdır. Bkz. Y.13.HD, T. 13.12.1018, E. 2016/23064, K. 2018/12120 (www.kazanci.com, Erişim: 01.02.2021); Y.19.HD, T. 20.12.2017, E. 2016/13794, K. 2017/8102 (www.kazanci.com, Erişim: 01.02.2021); Y.13.HD, T. 13.12.2010, E. 2010/8333, K. 2010/16575 (www.kazanci.com, Erişim: 01.02.2021). Ayrıca bkz. AKÇURA KARAMAN, Alıcının Hakları, s. 221, 222.

kuku'na paralel şekilde, ayıbın önemli olmaması, sözleşmeden dönme hakkının haklı görülmemesi için önemli bir sebeptir[170]. *Üçüncü olarak,* şayet, taraflar sözleşmeyle ayıplı ifa halinde, onarım veya değişim hakkının kullanılacağını kararlaştırılmışlarsa, kural olarak, bu tarz sözleşme kayıtları geçerlidir ve alıcı, sözleşmeden dönme hakkını kullanamaz[171]. Nitekim, İsviçre-Türk Hukuku'nda da, TBK m.221 ve İsvBK m.199 uyarınca, satıcı ağır kusurlu olmadığı müddetçe, bu tarz sözleşme kayıtları geçerliliğini korumaktadır.

Alıcı, bedel indirimi *(réduction du prix)* hakkını kullanması ihtimalinde, satış sözleşmesini ayakta tutarak, satılanı kendinde alıkoyabilir ve satış bedelinin ayıp oranında indirilmesini talep eder. Fransız Yargıtayı'nın ifadesiyle, FrMK m.1644 hükmünde düzenlenmiş olan bedel indirimi hakkı, satılanın herhangi bir ayıp ihtiva etmemesi varsayımında, alıcının içinde bulunacağı duruma getirilmesini sağlar[172]. Bu halde, yapılacak olan indirim tutarının belirlenmesinde, alıcının nazarından ayıbın yol açtığı elverişsiz durum esas alınarak, ayıplı satılanın azalmış olan gerçek değeri ile sözleşmede belirlenen satış bedeli arasındaki fark hesaplanır ve edimler arasındaki denge yeniden sağlanır[173]. Bedel indirimi hakkının kullanılması durumunda indirim tutarı, zorunlu olarak bilirkişiye hesap ettirilir[174]. Fakat, Fransız Yargıta-

---

[170] CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, CO art.205 N 12; BSK-HONSELL, OR Art.205 N 7; İsvFM, ATF 124 III 456 = JdT 2000 I 172.

[171] BÉNABENT, Contrats, s. 187; Cour de cassation, Chambre commerciale, 28.6.1994, 92-16083 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021).

Öte yandan, satıcı kötü niyetli ise veya tesadüfi bir alıcıyla, mesleği icabı satış sözleşmesini akdetmişse, ayıptan sorumluluğu sınırlandıran anlaşmalar geçersizdir. Bkz. MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 255; PUIG, s. 373; Cour de cassation, Chambre civile 3, 10.9.2008, 07-17086 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021); Cour de cassation, Chambre civile 3, 25.6.2015, 13-17254 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021).

[172] Cour de cassation, Chambre civile 3, 1.2.2006, 05-10845 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021): *"... l'action estimatoire de l'article 1644 du Code civil permet de replacer l'acheteur dans la situation où il se serait trouvé si la chose vendue n'avait pas été atteinte de vices cachés..."*

[173] BÉNABENT, Contrats, s. 186, 187; PUIG, s. 374; MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 266. Şayet, satıcı, satılanı bir üçüncü kişiden *(tedarikçi)* satın alarak, alıcıya teslim etmişse, söz konusu indirim tutarı, satıcı açısından üçüncü kişiye karşı ileri sürebileceği bir zarar kalemi teşkil etmez. Bkz. BÉNABENT, Contrats, s. 187.

[174] HUET/DECOCQ/GRIMALDI/LÉCUYER, s. 309; MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 266; RAYNARD/SEUBE, s. 217; Cour de cassation, Chambre civile 3, 11.6.2013, 12-16392 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021); Cour de cassation, Chambre civile 3, 5.4.2011, 10-15475 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021); Cour de cassation, Chambre civile 3, 1.2.2006, 05-10845 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021): *"... FrMK m.1644 hükmünde öngörülen bedel indirimi bilirkişi marifetiyle gerçekleştirilmek zorundadır...".*

yı'nın içtihadı uyarınca, hâkim, bilirkişi raporuyla tamamen bağlı olmayıp, raporda belirlenen tutar yerine, ayıbın giderilmesi için, gerekli olan onarımların yapılması sonucunda ortaya çıkacak olan masrafı, indirim tutarı olarak nazara alabilir[175]. Bu durumda, adeta onarım hakkı kullanılmış gibi bir hukuki sonuca ulaşılmaktadır[176]. Aynı yöntem, İsviçre Federal Mahkemesi tarafından da kabul edilmektedir[177].

Belirmek gerekir ki, sözleşmeden dönme hakkı gibi, bedel indirimi hakkı, Fransız Borçlar Hukuku'nda ayıptan sorumluluğa özgü bir yol değildir. Bu hak, FrMK m.1217 hükmü uyarınca, sözleşmeden dönme hakkının yanında, borcun gereği gibi ifa edilmediği veya eksik ifa edildiği bütün haller için tanınmıştır[178]. FrMK m.1217 uyarınca[179]: *"Sözleşmenin bir tarafı, yükümlülüğünü gereği gibi veya hiç ifa etmeyen diğer tarafa karşı, ifayı reddederek, kendi borcunun ifasını askıya alabilir; borcun aynen ifası için cebri icra yoluna başvurabilir;* ***bedel indirimi talep edebilir****; sözleşmeden dönebilir; borca aykırılığın sonuçlarının giderilmesini isteyebilir. Birbiriyle bağdaşan talepler birlikte ileri sürülebileceği gibi, herhangi bir talebe her zaman tazminat talebi eklenebilir".*

Alıcının sözleşmeden dönme *(résolution de la vente)* hakkını kullanarak, satılanı geri vermesi ve satış bedelinin iadesini talep etmesi mümkündür. Sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasıyla birlikte, satış sözleşmesi geçmişe etkili olarak ortadan kalkar ve bu durumda, sözleşmenin kurulma-

---

175 HUET/DECOCQ/GRIMALDI/LÉCUYER, s. 307 vd.; MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 266; PUIG, s. 373; Cour de cassation, Chambre civile 3, 1.2.2006, 05-10845 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021): karara taşınmaz satışında, bilirkişi 300.000 Frank tutarında bir indirim miktarı hesap etmişken, Fransız Yargıtayı, ayıbın giderilmesi için 500.000 Frank harcama yapılması sebebiyle bu tutarı esas almıştır.

176 HUET/DECOCQ/GRIMALDI/LÉCUYER, s. 307.

177 İsvFM, 15.3.2005, 4C.461/2004; İsvFM, ATF 111 II 162. Aynı yönde bkz. CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, CO art.205 N 24.

178 Detaylı bilgi için bkz. MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 266.

179 **FrMK m.1217:** *"La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut:*

- *refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de sa propre obligation;*
- *poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation;*
- *obtenir une réduction du prix;*
- *provoquer la résolution du contrat;*
- *demander réparation des conséquences de l'inexécution.*

Les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées; des dommages et intérêts peuvent toujours s'y ajouter."

sında tarafların içinde bulunduğu durumun yeniden sağlanması gerekir[180]. Belirtmek gerekir ki, ayıp sebebiyle sözleşmeden dönme hakkının kullanılmış olması durumunda, iade ve tazminat taleplerine dair, sebepsiz zenginleşme bahsinde öngörülen genel hükümler (FrMK m.1303 ilâ 1303-4) uygulama alanı bulmaz; zira, tasfiye, yalnızca ayıptan sorumluluğa dair FrMK m.1645 ve 1646 hükümlerine dayanır[181]. Bu durumda, alıcı, satılanı sözleşmeden dönme hakkını ileri sürmeden önce kullanmışsa, elde ettiği yararları iade etmek zorunda olmadığı gibi, satılanı kullandığı için de herhangi bir tazminat borcu altına girmemektedir[182]. Buna karşın, İsviçre Türk Huku-

---

[180] BÉNABENT, Contrats, s. 187; HUET/DECOCQ/GRIMALDI/LÉCUYER, s. 303; RAYNARD/SEUBE, s. 217; Cour de cassation, Chambre civile 1, 19.2.2014, 12-15520 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021); Cour de cassation, Chambre commerciale, 3.4.2019, 17-18545 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021); Cour de cassation, Chambre civile 2, 3.6.2010, 09-66581 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021); Cour de cassation, Chambre commerciale, 22.5.2012, 11-13086 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021); Cour de cassation, Chambre civile 3, 4.3.2014, 12-25801 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021). Şayet, satılan bölünebilir bir edimse, sözleşmeden dönme sadece ayıplı kısım için geçerli olur. Buna karşın, şayet satılan bölünebilir değilse, ayıp satılanın belirli bir kısmına dair olsa da, sözleşmeden dönme bütün sözleşme ilişkisini etkiler. Bkz. Cour de cassation, Chambre civile 1, 6.2.1996, 94-11052 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021); HUET/DECOCQ/GRIMALDI/LÉCUYER, s. 305, 306.

[181] BÉNABENT, Contrats, s. 187; Cour de cassation, Chambre civile 1, 21.3.2006, 03-16307 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021). Belirtmek gerekir ki, 21 Mart 2006 tarihinde, Fransız Yargıtayı, önceki içtihadından dönerek, ayıp sebebiyle sözleşmeden dönme hakkının kullanılması durumunda, ileri sürülecek taleplerin, FrMK m.1303'de düzenlenen sebepsiz zenginleşmeye yani genel hükümlere değil, doğrudan doğruya FrMK m.1645 ve 1646 hükümlerine dayandığını belirtmiştir. Bkz. Cour de cassation, Chambre civile 1, 19.2.2014, 12-15520 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021); Cour de cassation, Chambre civile 1, 21.3.2006, 03-16307 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021). Oysa, FrMK m.1645 ve 1646'da iade talepleri açısından detaylı bir hüküm öngörülmemiştir. Genel hükümlerin uygulanmamasının en önemli sonucu, alıcının elde ettiği yararları iade etmek zorunda olmaması ve satılanı kullandığı için de herhangi bir tazminat ödeme yükümlülüğünün bulunmamasıdır. Şayet, sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulansa idi, bu durumda, alıcının satılanı kullandığı için bir denkleştirişi tazminat ödemesi gerekecekti. Bkz. BÉNABENT, Contrats, s. 187; PUIG, s. 374; Cour de cassation, Chambre civile 1, 19.2.2014, 12-15520 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021).

[182] MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 265, 266; PUIG, s. 374; BÉNABENT, Contrats, s. 187; Cour de cassation, Chambre civile 1, 13.7.2016, 14-26958 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021); Cour de cassation, Chambre civile 1, 19.2.2014, 12-15520 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021): *"... satıcı, satılanın kullanımı veya değer kaybı nedeniyle bir indirim yapılmaksızın satış bedelini iade etmekle yükümlüdür..."*; Cour de cassation, Chambre civile 1, 21.3.2006, 03-16307 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021): *"... Ayıptan sorumlulukta, alıcının sözleşmeden dönme hakkını kullanması durumunda, satıcı, aldığı satış bedelini iade etmek durumundadır. Bu halde, satıcı, satılanın kullanılmış olması ve bu kullanıma bağlı olarak yıpranması sebebiyle tazminat talep etme hakkına sahip değildir..."*. Karşı görüşte bkz. HUET/DECOCQ/GRIMALDI/LÉCUYER, s. 307.

ku'nda TBK m.229/f.I ve İsvBK m.208/f.I uyarınca, alıcı satılanı elde ettiği yararlarla birlikte iade etme yükümlülüğü altındadır[183].

B. Onarım ve Değişim Hakkı

Fransız kanun koyucusu, ayıptan sorumluluk bahsinde, açıkça alıcıya satılanın onarılmasını veya ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesini talep hakkı tanımamıştır. FrMK m.1644 hükmünde alıcıya tanınan iki seçimlik hak, sözleşmeden dönme ve bedel indirimi haklarıdır. Buna karşın, genel hükümlerde yer alan aynen ifa kuralı *(exécution en nature)* gereği (FrMK m.1217), şayet imkânsız değilse, alıcının, satılanın onarılması veya ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesini talep etmesi mümkün görülmektedir[184]. Belirtmek gerekir ki, Fransız kanun koyucusu, onarım ve değişim haklarını açıkça düzenlememişse de, bu imkanlar, alıcının en başta sahip olduğu aynen ifa talebinin bir devamı olarak görülmektedir. Hangi hak kullanılmış olursa olsun, FrMK m.1645 uyarınca, satıcı satılandaki ayıbı biliyorsa, ayrıca alıcının bütün zararını gidermek zorundadır. Kanun açıkça ifade etmese de, bu durumda alıcı, tazminat adı altında, satıcıdan satılanı onarmasını ve ayıplı malın ayıpsız benzeriyle değiştirilmesini talep edebilir. Fransız Yargıtayı'na göre, şayet satıcı ayıbı biliyorsa, satılanın onarılması veya onarım bedeline denk gelen bir tazminatın ödenmesi kabul edilebilir ya da ayıplı satılanın değiştirilmesi istenebilir[185]. Bu seçim imkânı, tazminat talebine imkân tanıyan FrMK m.1645 hükmünden çıkarılmaktadır.

---

[183] *Örneğin* bkz. Y.13.HD, T. 26.6.2013, E. 2013/6756, K. 2013/17624 (www.kazanci.com, Erişim: 01.03.2021). Ayrıca bkz. AKÇURA KARAMAN, Alıcının Hakları, s. 240.

Hatta, bu durumda elde edilen menfaatler için temerrüt faizi de talep edilebilir. Bkz. CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, CO art.208 N 7; İsvFM, ATF 106 II 221 = JdT 1981 I 59.

[184] MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 267; HUET/DECOCQ/GRIMALDI/LÉCUYER, s. 312; PUIG, s. 373; Cour de cassation, Chambre commerciale, 10.5.2000, 97-17472 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021); Cour de cassation, Chambre civile 1, 12.6.2014, 13-11905 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021). Değişim hakkının talep edilemeyeceği yönünde bkz. PUIG, s. 373.

[185] Cour de cassation, Chambre commerciale, 10.5.2000, 97-17472 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021): *"... Ayıptan sorumlulukta, alıcının sözleşmeden dönme veya bedel indirimi haklarından birini tercih edebiliyor olması, satılanı elde tutarak, onarım talep etmesine engel değildir. Alıcı, aynı zamanda, sözleşmeden dönme hakkını ve masrafları satıcıya ait olmak üzere onarım hakkını tercih edemez (bu durumda haktan birini tercih etmelidir)..."*; Cour de cassation, Chambre civile 1, 12.6.2014, 13-11905 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021): *"... Mevcut olayda satılanda bir ayıbın bulunduğu açıktır. Bu durumda, Medeni Kanun hükümleri, alıcıya bedel indirimi ve sözleşmeden dönme hakkı açısından bir tercih imkânı sunsa da, alıcının aynı zamanda satılanın eski haline getirilerek onarılmasını veya ayıplı satılanın değiştirilmesini talep etmesi mümkündür..."*. Onarım bedelinin talep edilmesi açısından bkz. Cour de cassation, Chambre civile 1, 25.11.2020, 19-18882 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021).

FrTK m.217-9 f. I hükmünde, tüketicilerin taraf olduğu satış sözleşmelerinde, ayıplı ifa halinde alıcının satılanın onarılması veya ayıpsız benzeriyle değiştirilmesi haklarını kullanabileceği açıkça düzenlenmiştir. FrTK m.217-9/f.II uyarınca, satıcı, ayıbın önemini ve satılanın değerini nazara alarak, satıcının talebinin açıkça orantısız bir masrafı gerektirmesi durumunda, onarım veya değişim taleplerinden birini, diğer talep lehine yerine getirmeyebilir. FrTK m. L217-10 uyarınca, şayet, onarım veya değişim mümkün değilse, alıcı satılanı iade ederek satış bedelini talep edebilir *(sözleşmeden dönme)* veya satılanı elde tutarak satış bedelinin bir kısmının iadesini *(bedel indirimi)* isteyebilir. Ayrıca, FrTK m. L217-10 f. II uyarınca, ayıp önemsizse sözleşmeden dönme hakkı kullanılamaz. O halde, tüketici satışında, sözleşmeden dönme ve bedel indirimi hakkına, yalnızca satılanın onarımı veya ayıpsız benzeriyle değişimi mümkün değilse başvurulabilmektedir. FrTK m. L217-11 uyarınca, seçimlik haklardan birinin kullanılması, tüketiciyi, ayrıca zararının giderilmesi için tazminat talep etme hakkında mahrum bırakmaz. Tüketici satışlarında, yani mesleki faaliyeti icabı sözleşmeyi akdeden satıcı ile tüketici arasında bu hakları sınırlandıran veya kaldıran sözleşmeler geçersizdir. Alıcının kusurunun bulunması da, kanunda sayılan imkanlara başvurmasına engel değildir. Aynı şekilde, FrTK m. L217-11 uyarınca, alıcı, malı kullandığı için bir tazminatla yükümlü kılınamaz. Ayrıca, belirtmek gerekir ki, FrTK m. L217-13 uyarınca, tüketiciye, Fransız Tüketici Kanunu'nda tanınan imkanlar, onu Fransız Medeni Kanun'un genel hükümlerinde düzenlenen imkanlara başvurmaktan alıkoymamaktadır. Bu durumda tüketici, Medeni Kanun'da düzenlenen genel ayıptan sorumluluk rejimine başvurabileceği gibi, satıcının sözleşmesel veya sözleşme dışı sorumluluğuna da başvurabilir.

Belirtmek gerekir ki, Fransız Hukuku'nun aksine, Türk Hukuku'nda, açıkça, TBK m.227/f.I ve tüketici satışlarında, TKHK m.11 uyarınca, alıcının, aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde, bütün masrafları satıcıya ait olmak üzere satılanın ücretsiz onarılmasını isteme veya imkân varsa, satılanın ayıpsız benzeri ile değiştirilmesini isteme haklarından birini tercih edebileceği düzenlenmiştir. İsviçre Hukuku'nda ise, İsvBK m.206 uyarınca, satılan, miktarı belirli muayyen misli şeylerden ise, alıcı, satılanın aynı çeşitten *(du même genre - derselben Gattung)* başka bir şeyle değiştirilmesini talep edebilir. İsvBK m.206 hükmü, eBK m.203 hükmünün karşılığını oluşturmaktadır. Her iki hükmün düzenleniş şeklinden, yalnızca çeşit borçlarında değişim hakkının kullanılabileceği anlaşılmaktadır[186]. Oysa, TBK m.227/f.I,

[186] Yalnızca çeşit borcunun değişim hakkına konu olabileceği görüşünde bkz. BK-GIGER, OR Art.206 N 4, 5; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, OR Art.206 N 2; BSK-HONSELL, OR

değişim hakkının, imkân varsa, satılanın ayıpsız bir *benzeriyle* gerçekleştirileceğini belirterek, bu yanlış algıya son vermiştir[187]. Öte yandan, 818 sayılı eBK döneminde olduğu gibi, halen İsviçre Hukuku'nda, eser sözleşmesinin aksine (İsvBK m.368), satıcının ayıptan sorumluluğu kapsamında, açıkça onarım hakkı öngörülmüş değildir. Buna karşın, İsviçre Federal Mahkemesi tarafından da kabul edilen bir görüşe göre, eser sözleşmesinde onarım hakkını öngören İsvBK m.368 hükmünün, satış sözleşmesi açısından da kıyasen uygulanması gerektiği belirtilmektedir[188].

2. Alıcının Tazminat Talebi

İsviçre-Türk Hukuku'nda olduğu gibi, ayıptan sorumluluğa başvurulabilmesi için, Fransız Hukuku'nda, kural olarak satıcının kusuru aranmaz[189]. Satıcı kusursuz olsa bile, FrMK m.1644 uyarınca, alıcı, sözleşmeden dönme veya bedel indirimi haklarını kullanabilir ve satış bedelinin tamamen *(sözleşmeden dönme)* veya kısmen *(bedel indirimi)* iadesini talep edebilir. Ayrıca, satıcının herhangi bir kusuru bulunmasa bile, FrMK m.1646 uyarınca[190],

---

Art.206 N 1; CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, CO art.206 N 1, 3; TERCIER/BIERI/CARRON, N 810; KELLER/SIEHR, s. 94; YAVUZ, s. 191; İsvFM, ATF 94 II 26 = JdT 1969 I 322. İsvBK m.206 hükmünün Fransızca metninde misli eşyadan *(chose fongible)* bahsedilmesi bir hatadan ileri gelmektedir. Bkz. CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, CO art.206 N 3. eBK m.203 hükmünün de, misli eşya değil, çeşit borcu şeklinde anlaşılması gerektiği yönünde bkz. SEROZAN, N 775.

187 TBK m.227/f.Ib.4 hükmünün *"imkân varsa, satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesi"* şeklindeki ifadesi karşısında, Türk öğretisinde alıcının değişim hakkını çeşit borcu açısından olduğu kadar, parça borcunda da kullanabileceği görüşü ağırlık kazanmıştır. Alıcının parça borcunda da değişim hakkını kullanabileceği yönünde bkz. OĞUZMAN M. Kemal / ÖZ M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt I, 17. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, N 29, dn. 19; SEROZAN, N 775; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 139; ATAMER, s. 207; AKÇURA KARAMAN, Alıcının Hakları, s. 224. Öte yandan, taşınmazın mülkiyetini devir borcu gibi, gayri misli eşyaların da çeşit borcuna konu olması ve ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesi mümkündür. Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, N 30.

188 BK-GIGER, OR Art.205 N 42, 61; İsvFM, ATF 118 II 142 = JdT 1993 I 300. Satılan kolayca onarılabilirse, bu sonucunun dürüstlük kuralına dayanması gerektiği görüşünde bkz. HONSELL, s. 115; BUCHER Eugen, **Obligationenrecht Besonderer Teil**, 3. erweiterte Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1988, s. 97. Onarım hakkı, İsviçre Hukuku'nda çoğunlukla sözleşmeyle kararlaştırılmaktadır. Bkz. CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, CO art.205 N 29; HONSELL, s. 115; İsvFM, ATF 124 III 456 = JdT 2000 I 172.

189 HUET/DECOCQ/GRIMALDI/LÉCUYER, s. 300; BÉNABENT, Contrats, s. 188; RAYNARD/SEUBE, s. 218. Bu husus, Roma Hukuku'ndan beri, Kıta Avrupası'nda kabul edilen, satıcının ne sattığını bilmesi yönündeki *"caveat venditor"* kuralına dayanır. Bkz. AMAUDRUZ, s. 15.

190 **FrMK m.1646:** *"Şayet satıcı, satılanın ayıplarını bilmiyorsa, yalnızca satış bedelini iade etmek ve alıcıya satışın yol açtığı masrafları geri vermekle yükümlüdür. (Si le vendeur ignorait les vices de la chose, il ne sera tenu qu'à la restitution du prix, et à rembourser à l'acquéreur les frais occasionnés par la vente)".*

alıcı, satışın yol açtığı masrafları *(les frais occasionnés par la vente)* satıcıdan talep edebilir[191]. Satılanın bakımı ve iyileştirilmesi için yapılan zorunlu ve yararlı masraflar, satışın yol açtığı masraflar adı altında, satıcının kusurundan bağımsız olarak her zaman istenebilir. Fakat, FrMK m.1646 hükmü uyarınca, alıcının bütün zararları değil, yalnızca satışın yol açtığı masraflar giderilmiş olmaktadır[192]. Bu durumda, alıcının uğradığı bazı zararların tazmin edilememesi ve bu zararların alıcının üzerine bırakılması tehlikesi mevcuttur[193]. Fransız Hukuku'nda, Türk-İsviçre Hukuku'ndaki olumlu ve olumsuz zarar ayrımı olmasa bile, satışın yol açtığı masraflar, sözleşmenin kurulmuş olması sebebiyle uğranılan olumsuz zarara yakın durmaktadır. Belirtmek gerekir ki, İsviçre-Türk Hukuku'nun aksine, Fransız Hukuku'nda, ayıptan sorumluluk açısından kusur kavramı yerine *"satıcının ayıbı bilmesi"* kavramı tercih edilmiştir[194]. Bu sebeple, FrMK m.1646 hükmü, satıcının, satılandaki ayıpları bilmemesi durumunda dahi *(si le vendeur ignorait les vices de la chose)*, onu, satışın yol açtığı masraflardan sorumlu tutmuştur.

FrMK m.1645 uyarınca[195], şayet satıcı, *satılandaki ayıpları biliyorsa*, satış bedelinin *(kısmen veya tamamen)* iadesi yanında, alıcının bütün zararlarını gidermekle yükümlüdür. Ayıplı ifanın yol açtığı bütün zararların tazmin edilebilmesi için, FrMK m.1645 uyarınca, satıcının satış sözleşmesinin ak-

---

[191] Cour de cassation, Chambre civile 1, 6.2.1996, 94-11052 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021); Cour de cassation, Chambre commerciale, 12.12.1984, 83-12883, 96-14996 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021); Cour de cassation, Chambre civile 1, 16.7.1998, 96-12871, 96-14996 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021): *"... Satışın yol açtığı masraflar ibaresinden, doğrudan doğruya sözleşmenin kurulmasına bağlı harcamalar anlaşılmalıdır..."*.

[192] BÉNABENT, Contrats, s. 188; HUET/DECOCQ/GRIMALDI/LÉCUYER, s. 313, 314; Cour de cassation, Chambre civile 1, 6.2.1996, 94-11052 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021); Cour de cassation, Chambre civile 1, 6.2.1996, 94-11052 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021); Cour de cassation, Chambre commerciale, 12.12.1984, 83-12883, 96-14996 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021).

[193] BÉNABENT, Contrats, s. 188. Fransız Yargıtayı, bir kararında, satılan bir atın bakım giderlerinin, satışın yol açtığı masrafların kapsamına dahil olmadığını belirtmiştir. Bkz. Cour de cassation, Chambre civile 1, 16.7.1998, 96-12871, 96-14996 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021). Aynı şekilde, başka bir kararında, Fransız Yargıtayı, traktör satışında, onarım giderlerinin, satışın yol açtığı bir masraf olarak nitelendirilemeyeceğine karar vermiş ve istinaf mahkemesinin kararını bozmuştur. Bkz. Cour de cassation, Chambre commerciale, 12.12.1984, 83-12883, 96-14996 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021).

[194] RAYNARD/SEUBE, s. 218; BÉNABENT, Contrats, s. 188.

[195] **FrMK m.1645:** *"Şayet satıcı, satılanın ayıplarını biliyorsa, edindiği satış bedelinin iadesi yanında, alıcının bütün zararını gidermekle yükümlüdür. (Si le vendeur connaissait les vices de la chose, il est tenu, outre la restitution du prix qu'il en a reçu, de tous les dommages et intérêts envers l'acheteur)"*.

dedildiği anda ayıbı bilmesi şarttır[196]. Satılandaki ayıpları bilen satıcı ise, *"kötü niyetli satıcı (vendeur de mauvaise foi)"* olarak nitelendirilmektedir[197]. Satıcının satılandaki ayıpları bilmesi *(kötü niyetli olması)*, ayıplı ifanın sebebiyet verdiği bütün zararların tazmini açısından, İsviçre-Türk Hukuku'nda kullanılan kusur kavramına denk düşmektedir[198]. Bu durumda, zararının tamamını tazmin ettirmek isteyen alıcı, satıcının kötü niyetli olduğunu; yani, sözleşme akdedilirken satılanın ayıp ihtiva ettiğini bildiğini ispat etmelidir[199]. Satıcıya ödenecek olan tazminatın miktarı ise kural olarak önem taşımaz; keza, alıcının zararı, satış bedelini veya satılanın değerini aşabilir[200].

Yukarıda açıklandığı üzere[201], meslekten alıcının ayıbı bildiği yönündeki karineye benzer şekilde bir karineyle, meslekten satıcının ayıbı bildiğini ispat etmek isteyen alıcının ispat yükü hafifletilmiştir. Şayet satıcı, satış sözleşmesini mesleği icabı akdetmişse, Fransız Yargıtayı tarafından geliştirilmiş olan *"meslek satıcının ayıbı bildiği karinesi (présomption de connaissance du vice)"* burada da işlerlik kazanmaktadır[202]. Satıcının mesleği icabı satış sözleşmesini akdetmesi durumunda; yani, bir meslekten satıcının bu-

---

196 MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 267, 268; HUET/DECOCQ/GRIMALDI/LÉCUYER, s. 313, 314; RAYNARD/SEUBE, s. 218; PUIG, s. 374; BÉNABENT, Contrats, s. 188; Cour de cassation, Chambre civile 1, 19.1.1965, 61-10952 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021); Cour de cassation, Chambre commerciale, 12.12.1984, 83-12883, 96-14996 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021).

197 HUET/DECOCQ/GRIMALDI/LÉCUYER, s. 300; PUIG, s. 374; Cour de cassation, Chambre civile 3, 17.1.1988, 86-15031 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021); Cour de cassation, Chambre civile 1, 23.10.1974, 72-13060 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021).

198 RAYNARD/SEUBE, s. 218; BÉNABENT, Contrats, s. 188; PUIG, s. 374.

199 BÉNABENT, Contrats, s. 188; Cour de cassation, Chambre commerciale, 12.12.1984, 83-12883, 96-14996 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021); Cour de cassation, Chambre civile 1, 22.11.1988, 85-17210 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021).

200 MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 267, 268; RAYNARD/SEUBE, s. 218.

201 Bkz. yukarıda B.II/A/2/b.

202 HUET/DECOCQ/GRIMALDI/LÉCUYER, s. 300; MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 268, 269; RAYNARD/SEUBE, s. 218; AMAUDRUZ, s. 90; Cour de cassation, Chambre civile 1, 9.10.1979, 78-12502 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021); Cour de cassation, Chambre commerciale, 12.12.1984, 83-12883, 96-14996 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021); Cour de cassation, Chambre civile 1, 23.10.1974, 72-13060 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021); Cour de cassation, Chambre civile 3, 10.7.2013, 12-17349 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021); Cour de cassation, Chambre civile 1, 26.9.2012, 11-20275 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021); Cour de cassation, Chambre commerciale, 27.11.1991, 89-19546 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021). Roma Hukuku'nda, özellikle yabancı satıcıların, kötü şöhretleri sebebiyle, satılandaki ayıpları karine olarak bildikleri varsayılıyordu. Fransız Hukuku'ndaki ayıbın meslekten satıcı tarafından bilindiği yönündeki karinenin, Roma Hukuku'ndaki temelleri için bkz. PUIG, s. 362.

lunması ihtimalinde, örneğin üretici veya mal sağlayıcı olması ihtimalinde, satılandaki ayıpları bildiği karine olarak kabul edilmektedir[203]. Zira, mesleği icabı mal satan veya üreten kimse, kendi mesleki tecrübesine dayanarak, belirli bir tipte aynı veya benzer ürünler sattığı için, mesleği gereği satılandaki ayıpları bilmek zorundadır. Bu durumda, satıcı, satılanın ihtiva ettiği ayıpları bilmediğini ileri süremez. Belirtmek gerekir ki, meslekten satıcının ayıpları bildiği yönündeki karine, meslekten alıcının aksine, bir adi karine değil, kesin ve aksi ispat edilemez bir karine *(présomption irréfragable)* olma özelliği gösterir[204]. Meslekten satıcının ayıbı bildiği yönündeki karine, satıcının tespit edemeyeceği ve yalnız kullanımla ortaya çıkan ayıplar açısından *(vice indécelable)* da uygulama alanı bulur[205]. Bu durumda, satıcı, gerekli bütün incelemeleri yapsa, göstermesi gereken bütün özen derecesine uygun davransa, hatta detaylı bir muayenede bulunmuş olsa bile ayıbı tespit edemeyeceğini; dolayısıyla, ayıbı bilmediğini ileri süremez. Meslekten satıcı, satılanda bir ayıbın bulunması durumunda, kusursuzluğunu ispat edemeyeceği için, alıcının bütün zararını gidermek durumundadır. Bu sebeple, öğretide, Fransız Yüksek Mahkemesi'nin, yalnızca bir ispat kuralı değil; ayrıca, bir maddi hukuk kuralı meydana getirdiği ifade edilmektedir. Ayrıca, satılandaki ayıbı bilen veya mesleği icabı satış sözleşmesini akdeden kötü niyetli satıcının, kendi lehine akdetmiş olduğu, sorumluluğunu sınırlandıran veya kaldıran sorumsuzluk kayıtları da geçersiz kabul edilir[206].

---

[203] MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 268, 269; RAYNARD/SEUBE, s. 218; BÉNABENT, Contrats, s. 188; Cour de cassation, Chambre civile 1, 9.10.1979, 78-12502 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021); Cour de cassation, Chambre civile 1, 19.1.1965, 61-10952 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021): *"... mesleği gereği ayıbı bilen satıcı, ayıbın farkında olmadığını iddia edemez..."*. Bu durumda, alıcının üretici, sağlayıcı veya aldığı malı sadece üçüncü kişilere tekrar satan bir satıcı olması önem taşımaz. Bkz. Cour de cassation, Chambre civile 1, 9.10.1979, 78-12502 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021); BÉNABENT, Contrats, s. 188.

[204] BÉNABENT, Contrats, s. 188; RAYNARD/SEUBE, s. 218; PUIG, s. 374, 375; Cour de cassation, Chambre commerciale, 15.11.1971, 70-11036 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021). Meslekten alıcının aksine, meslekten satıcı, satılanı uzun süre elinde bulundurmaktadır. Bu sebeple, bu karinenin aksi ispat etmesi mümkün değildir. Bkz. RAYNARD/SEUBE, s. 213.

[205] RAYNARD/SEUBE, s. 218; MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 269; BÉNABENT, Contrats, s. 188; PUIG, s. 375; Cour de cassation, Chambre commerciale, 15.11.1971, 70-11036 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021): karara konu olayda meslekten satıcının akdettiği bir satış sözleşmesi söz konusudur. Satılandaki ayıp bilirkişi tarafından dahi tespit edilememiştir. Fransız Yargıtayı, satıcının ayıbın tespit edilmesinin imkânsız olduğunu ispat etmiş olması karşısında dahi, ayıbı bilmek zorunda olduğunu ifade etmiştir.

[206] MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 268, 269; RAYNARD/SEUBE, s. 211; BÉNABENT, Contrats, s. 188; AMAUDRUZ, s. 90; Cour de cassation, Chambre civile 3, 21.3.2019, 18-11826 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021): *"... satıcının sözleşmenin kurulması sırasında*

Alıcı, sözleşmeden dönme veya bedel indirimi haklarıyla birlikte veya genel hükümlerde olduğu gibi, hiç bu imkanlara başvurmaksızın doğrudan doğruya satıcıdan tazminat talep edebilir[207]. O halde, tazminat talebi, seçimlik haklarla birlikte *kümülatif olarak* veya seçimlik haklara başvurmaksızın, *alternatif olarak* ileri sürülebilir[208]. Hatırlatmak gerekir ki, alıcı, ayrıca sözleşmeden dönme veya bedel indirimi haklarından birini talep etmişse, tazminatın yanında satış bedelinin tamamen veya kısmen iadesini isteyebilir.

Alıcı, meslekten satıcıya veya satıcılığı meslek edinmiş olmasa dahi *kötü niyetli (ayıbı bilen - kusurlu)* satıcıya karşı tazminat talep edebilir. Bu durumda satıcı, alıcının bütün zararlarını tazmin etmek zorundadır. Örneğin, satılanın kullanımı neticesinde bir kaza meydana gelmişse, ayıp ve oluşan zarar arasında nedensellik bağı mevcut olduğu sürece, alıcının uğradığı bütün bedensel zararların veya malvarlığı zararlarının tazmini istenebilir[209]. Alıcı, kendi kusurundan ileri gelmediği müddetçe, ayıp sebebiyle üçüncü kişiye karşı ödemek zorunda kaldığı tazminat tutarını satıcıdan talep edebilir[210].

---

ayıbı bilmesi, satılanın ayıplarından sorumlu olmayacağı yönündeki sözleşme kaydını ileri sürmesine engel olur..."; Cour de cassation, Chambre civile 3, 26.2.2003, 01-12750 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021): *"... Satılanı etkileyen ayıbı bilen satıcı, kendi lehine getirilmiş olan sorumsuzluk kayıtlarına dayanamaz..."*.

207 HUET/DECOCQ/GRIMALDI/LÉCUYER, s. 300; RAYNARD/SEUBE, s. 218; BÉNABENT, Contrats, s. 187, 188; MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 269; Cour de cassation, Chambre commerciale, 19.6.2012, 11-13176 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021): *"... Ayıp sebebiyle uğranılan muhtemel zararın tazmini talebi, sözleşmeden dönme veya bedel indirimi haklarının kullanılmış olmasına bağlı değildir. Tazminat talebi, bu haklardan bağımsız (otonom) olarak ileri sürülebilir ... Tazminat davası, dönme ve bedel indirimi davalarının bir tamamlayıcısı veya bu hakların bir fer'isi değildir...";* Cour de cassation, Chambre civile 1, 26.9.2012, 11-22399 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021): *"... Şayet satıcı ayıbın varlığını biliyorsa, alıcı sözleşmeden dönme veya bedel indirimi haklarıyla birlikte zararlarının tazminini isteyebileceği gibi, bunlardan bağımsız ve otonom olarak da doğrudan doğruya meydana gelen zararının tazminini talep edebilir... (l'acquéreur peut obtenir une indemnisation indépendamment ou en complément d'une action rédhibitoire ou estimatoire lorsque le vendeur avait connaissance du vice de la chose)"*.

208 RAYNARD/SEUBE, s. 218; BÉNABENT, Contrats, s. 187, 188; Cour de cassation, Chambre commerciale, 19.6.2012, 11-13176 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021); Cour de cassation, Chambre civile 1, 26.9.2012, 11-22399 (www.labase-lextenso.fr, Erişim: 15.03.2021).

209 BÉNABENT, Contrats, s. 188, 189; MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 268, 269; RAYNARD/SEUBE, s. 219. Örneğin bkz. Cour de cassation, Chambre civile 1, 30.1.1996, 93-20085 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021).

210 Alıcının üçüncü kişilere karşı ödemek zorunda kaldığı tazminat borcunda kusur, ayıbı fark ettikten sonra, satılanı tekrar satmış olmasından ileri gelebilir. Bkz. BÉNABENT, Contrats, s. 188, 189.

Belirtmek gerekir ki, Fransız öğretisinde, satıcının satılanın ihtiva ettiği ayıplar sebebiyle yükümlü olduğu tazminat borcunun ne haksız fiil sorumluluğuna, ne sözleşmesel sorumluluğa dayandığı; bu borcun doğrudan doğruya kaynağının, FrMK m.1645 ve 1646 hükümlerinde düzenlenen kanuni tekeffül yükümlülüğü olduğu belirtilmektedir[211]. Dolayısıyla, Fransız Hukuku'nda, ayıptan sorumlulukta tazminat talebinin, genel hükümlerle yarışması meselesi gündeme gelmemektedir.

Belirtmek gerekir ki, İsviçre-Türk Hukuku'nda, TBK m.229/f.Ib.3 ve İsvBK m.208 II uyarınca, alıcı, ayıplı maldan doğan doğrudan zararlarının tazminini, kusursuz sorumluluk esasına dayanarak; başka bir deyişle, satıcının herhangi bir kusuru bulunmasa bile talep edebilir. Buna karşın, TBK m.229/f.II ve İsvBK m.208 III uyarınca, alıcı, diğer *(dolaylı)* zararlarını, satıcı kendisine bir kusur yüklenemeyeceğini ispat etmediği müddetçe, kendisinden talep etme hakkına sahiptir[212]. TBK m.229 (İsvBK m.208) hükmü, ayıptan doğan seçimlik haklarda olduğu gibi doğrudan zararlar için bir *kusursuz sorumluluk rejimi* öngörmüş, dolaylı zararları ise kusur sorumluluğu dâhilinde çözümleyerek, TBK m.229/f.II'de sözleşmesel sorumluluk açısından alacaklı lehine getirilmiş olan kusur karinesini (TBK m.112 / İsvBK

---

[211] RAYNARD/SEUBE, s. 218; MALAURIE/AYNÈS/GAUTIER, s. 268; Cour de cassation, Chambre commerciale, 19.3.2013, 11-26566 (www.dalloz.fr, Erişim: 01.03.2021): *"... Satılanı mutat kullanımına elverişsiz kılan ayıp, sözleşmeden sorumluluk davasının açılmasına imkân vermemekte, yalnızca 1641. madde ve devamında düzenlenen ayıptan sorumluluk hükümlerine başvurma imkanı sunmaktadır..."*.

[212] İsviçre-Türk Hukuku'nda doğrudan ve dolaylı zarar ayrımı oldukça tartışmalıdır. Kanımızca, alıcının sözleşmeden dönerek talep ettiği *doğrudan zarar* sözleşmenin sona ermesi durumunda talep edilebildiği için, ancak bir menfi zarar kalemi olabilir ve menfi zarar dairesi içinde, nedensellik bağının yoğunluğuna göre ayıplı malın tesliminin ve onun mutat kullanımının ilk ve en yakın sonucunu oluşturur. Bkz. SCHÖNLE Herbert, "Remarques sur la responsabilité causale du vendeur selon les art.195 al. 1 et 208 al. 2 CO", **SJ 1977**, s. 465-492, s. 483; STANISLAS, s. 146; KARA, Doğrudan-Dolaylı Zarar, s. 522, 525; KARA, Zamanaşımı, s. 172.

İsviçre Federal Mahkemesi tarafından benimsenen diğer görüşe göre, doğrudan ve dolaylı zarar ayrımı, ayıp ile zarar arasındaki uygun nedensellik bağının yoğunluğuna göre tayin edilmelidir. Bkz. CUENDET Jean, **La faute contractuelle et ses effets**, Étude de l'article 99 al. 3 CO, 2ème Edition, Edition Stæmpfli&Cie SA, Berne, 1970, s. 68; TERCIER/BIERI/CARRON, N 784; CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, CO art.208 N 11; STANISLAS, s. 139; AMAUDRUZ, s. 154; ARAL/AYRANCI, s. 147; SEROZAN, N 758 vd.

Diğer görüşe göre, doğrudan ve dolaylı zarar ayrımı, olumsuz ve olumlu zarar ayrımına dayanmaktadır. Bkz. von TUHR, s. 81, 82; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, OR art.195 N 7, 8; CAVIN Pierre, "Considération sur la garantie en raison des défauts de la chose vendue", **SJ 1969**, s. 329-345 (Considérations), s. 330; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 122, 123; TANDOĞAN, s. 192; YAVUZ, s. 177; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 136, dn. 308.

m.97) tekrar etmiştir[213]. Öğretide genel olarak kabul edildiği üzere, TBK m.229/f.Ib.3'te ifade edilen *"ayıplı maldan doğran doğrudan zararın giderilmesi talebi"* yahut mehaz İsviçre Kanunu'nun (İsvBK m.208) ifadesiyle *"ayıplı malın teslimi sonucunda doğrudan doğruya meydana gelen zararın tazmini"* yalnızca dönme hakkının kullanılmış olması durumunda değil, diğer bütün seçimlik haklarla beraber kullanılabilecek *kümülatif (yığışmalı)* bir talep olma özelliği taşımaktadır[214]. İsviçre-Türk Hukuku'nda bulunan doğrudan ve dolaylı zarar ayrımı, Fransız Hukuku'ndaki zarar ayrımıyla benzerlik göstermektedir. Zira, FrMK m.1646 uyarınca, satıcının ayıbı bilmiyor olması ihtimalinde, doğrudan zarara benzer şekilde, yalnızca, satışın yol açtığı zararlar talep edilebilmektedir; buna karşın, FrMK m.1645 uyarınca, satıcının ayıbın varlığını biliyor olması ihtimalinde, dolaylı zarara benzer şekilde, uğranılan bütün zararların tazmini istenebilmektedir. Keza, İsvBK m.208 hükmünün, esasında, borcun ifa edilmemesinden sorumluluğu düzenleyen FrMK m.1150 ve 1151 hükümlerine dayandığı ifade edilmektedir[215]. Böylece, gerek Fransız Hukuku'nda, gerekse, İsviçre-Türk Hukuku'nda, objektif sorumluluk esası, ayıbın yol açtığı bütün zararlar için kabul edilmemiş ve zararın bir şekilde sınırlandırılması ihtiyacı üstün tutulmuştur.

Doğrudan ve dolaylı zararın tazmini dışında, İsviçre-Türk Hukuku'nda, satılanın ayıplı olması durumunda, genel hükümler uyarınca, tazminat istenip istenemeyeceği meselesi oldukça tartışmalıdır. Tartışmanın temelinde,

---

213 CAVIN, Considérations, s. 334, 337. Yazara göre söz konusu bağlantı, eİsvBK m.241 hükmünde daha netti. Zira, İsvBK m.208 (TBK m.229) hükmü dolaylı zararlar için genel sözleşmesel sorumluluğu düzenleyen eİsvBK m.116 hükmüne (TBK m.112; İsvBK m.97) doğrudan atıf yapmaktaydı. Bkz. CUENDET, s. 70.

214 TERCIER/BIERI/CARRON, N 809; CAVIN, Considérations, s. 336; CAVIN, Vente, s. 103; AMAUDRUZ, s. 157; CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, CO art.208 N 13, 14; KELLER/SIEHR, s. 94; BK-GIGER, OR Art.208 N 55 vd.; FURRER, s. 71; TANDOĞAN, s. 199; ARAL/AYRANCI, s. 151; KARA, Doğrudan-Dolaylı Zarar, s. 513, 514. Aksi görüşte bkz. STANISLAS, s. 149 vd.; AKÇURA KARAMAN, Sorumluluk, s. 57.

215 FrMK m.1150 hükmü kasten ifa etmeme hali hariç olmak üzere borçlunun yalnızca sözleşmenin kurulduğu esnada öngörülen ya da öngörülmesi gereken bütün zararlardan sorumlu olduğunu düzenlemektedir. FrMK m.1151'de ise borçlunun borcunu kasten, başka bir ifade ile ifa etmeme hususunu bilerek ve isteyerek ifa etmediği hallerde sözleşmenin ifa edilmemesinin dolaysız sonucu olarak görülebilen ve doğrudan meydana gelen fiili zararların (*damnum emergens - perte éprouvée*) ve alıcının yoksun kaldığı kârın (*lucrum cessans - gain manqué*) borçlu tarafından tazmin edileceğini öngörmüştür. Böylece esasen İsviçre kanunun koyucusundan önce, Fransız kanun koyucusu öngörülebilirlik esasına dayanan bir sorumluluk rejimi öngörmüş ve söz konusu sorumluluk rejimi İsviçre Federal Mahkemesi'nin bazı kararlarında da ifade edildiği üzere eİsvBK m.116 ve m.253 hükümlerine kaynaklık etmiştir. Bkz. İsvFM, ATF 133 III 257 = SJ 2007 I 461; von TUHR, s. 82, dn. 14; CUENDET, s. 68.

genel hükümler uyarınca alıcının tazminat hakkının bulunup bulunmadığı; şayet bulunuyorsa, alıcının, ayıptan sorumlulukta zamanaşımı süresi (TBK m.231 / İsvBK m.210) ile gözden geçirme ve bildirim külfetine (TBK m.223 / İsvBK m.201) uymasının gerekip gerekmediği hususu yer almaktadır[216]. Söz konusu tartışmaları nazara alan Türk kanun koyucusu, mehaz İsviçre Kanunu'ndan ayrılarak 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu'nun kabulüyle beraber, TBK m.227/f.II'de alıcının genel hükümlere göre tazminat isteme hakkının saklı olduğunu açıkça belirtmiştir. 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu'nda alıcının tazminat talebinin *"genel hükümlere göre"* isteneceğinin öngörülmesi, öğretide pek çok yazar tarafından[217] kanunun yürürlüğe girmesinden itibaren, artık yer verdiğimiz söz konusu tartışmaya gerek kalmadığı; alıcının gözden geçirme ve bildirim külfetleri ile kısa zamanaşımı sürelerine uymaksızın, genel hükümler uyarınca tazminat talep edebileceği; kanun koyucunun tazminat talebini, yalnızca genel hükümlerde öngörülen şartlara tabi kıldığı şeklinde yorumlanmıştır. Buna karşın, Fransız Hukuku'nda, satılanın ayıplı olmasından kaynaklanan tazminat talebinin, muhakkak ayıptan sorumluluk hükümlerine dayanması gerektiği ifade edilmektedir.

---

[216] *"Dışlama görüşü"* şeklinde de adlandırılan bir görüşe göre, alıcının genel hükümler uyarınca tazminat talep etme hakkı bulunmamaktadır. Bkz. CR-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, CO Intro. art.197-210 N 17; HONSELL, s. 131; TERCIER/BIERI/CARRON, N 645; BSK-HONSELL, OR Vorbem. Art.197-210 N 6.

"Sınırlı yarışma görüşü (beschränkte Alternativität)" olarak adlandırılan diğer görüşe göre, gözden geçirme ve bildirim külfetleri ile ayıptan sorumlulukta kısa zamanaşımı süresine uyulması durumunda, alıcı genel hükümler uyarınca tazminat talep edebilir. Bkz. BK-BECKER, OR Art.201 N 27; CR-PICHONNAZ, CO art.127 N 27; FURRER, s. 35; STANISLAS, s. 158, 187; OĞUZMAN/ÖZ, N 1453, dn. 335, N 1546, dn. 475; İsvFM, ATF 133 III 335 = JdT 2010 I 223; ATF 114 II 134 = JdT 1988 I 509; ATF 107 II 161 = JdT 1981 I 582; Y.19.HD, T. 19.4.2011, E. 2010/8964, K. 2011/5194 (www.kazanci.com, Erişim: 01.03.2021); Y.13.HD, T. 19.3.1992, E. 1992/384, K. 1992/2617 (www.kazanci.com, Erişim: 01.03.2021).

"Sınırsız veya tam yarışma görüşü (unbeschränkte Alternativität)" olarak adlandırılan son görüşe göre, ayıptan sorumluluk hükümleri ile genel borca aykırılık hükümleri, herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın yarışır. Bkz. ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, OR Art.197 N 6; BK-GIGER, OR Vorbem. zu Art.197-210 N 26; YAVUZ, s. 232; SEROZAN, N 667, 668; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 143, 144; EREN, N 378, 470; NOMER, N 185.13; ATAMER, s. 213.

[217] EREN, N 470; NOMER, N 185.13; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 143, 144; AKÇURA KARAMAN, Alıcının Hakları, s. 244; ATAMER, s. 213.

SONUÇ

Ayıptan sorumluluk rejimini düzenleyen FrMK m.1641-1649 hükümleri, pek çok açıdan, İsviçre-Türk Hukuku ile benzerlik arz etmektedir. Satıcının satılandaki ayıplardan sorumluluğuna başvurmak isteyen alıcı, bir takım *maddi* ve *şekli* şartlara tabi tutulmuştur. Maddi şartlar kapsamında, ilk olarak, alıcının ayıptan sorumluluk rejimine başvurabilmesi için, FrMK m.1641 uyarınca, satılanda malın kullanımını engelleyen veya imkânsız kılan önemli bir nitelik eksikliğinin bulunması gerekmektedir. Öyle ki, bu durumda, alıcı, şayet satılandaki ayıbı bilse idi, satıcı ile hiç sözleşme ilişkisine girmeyecek veya daha az bedelle satış sözleşmesini akdedecek olmalıdır. İkinci olarak, FrMK m.1642 uyarınca, satılanda bulunan ayıbın, ilk görüşte veya basit bir incelemeyle fark edilebilecek bir açık ayıp niteliğini taşımaması gerekmektedir. Keza, niteliği gereği kolayca görülebilen ayıplar ile alıcı tarafından varlığı bilinen ayıplar, açık ayıp olarak değerlendirilmektedir. Fransız Hukuku'nda, ayıbın alıcı tarafından bilinip bilinmediğinin tespitinde, meslekten alıcılar ile tesadüfi olarak adlandırılan, meslekleri icabı satış sözleşmesini akdetmemiş olan alıcılar açısından ayırım yapılmakta; her ikisi, farklı hukuki rejimlere tabi tutulmaktadır. Bu sebeple, Fransız Yargıtayı'nın içtihatlarıyla, meslekten alıcılar açısından daha katı bir inceleme yükümlülüğü öngörülmüştür. Satış sözleşmesini akdeden meslekten alıcının, satılandaki ayıbı bildiği ve en geç sözleşmenin kurulduğu sırada, söz konusu nitelik eksikliklerinin farkına vardığı varsayılarak; içtihat yoluyla, meslekten alıcının ayıbı bildiği yönünde bir karinenin mevcut olduğu kabul edilmektedir. Bu karine ise, mutlak değil, aksi ispat edilebilen bir *"basit (adi) karine (présomption simple)"* olarak nitelendirilmektedir. Bu karineyi çürütmek isteyen meslek alıcının elinde iki argüman vardır: ***(i)*** satılanda muayeneyle tespit edilemeyen ve ancak kullanımla ortaya çıkan bir gizli ayıbın *(vice indécelable)* mevcut olduğunu veya ***(ii)*** satıcının satılandaki ayıbı hile ile kasten gizlediğini ispat etmek. Ayıptan sorumluluk rejimine başvurmak isteyen alıcının sağlaması gereken üçüncü şart ise, *"ayıbın satışa nazaran önceliği"* şeklinde ifade edilen, satılandaki ayıbın hasarın alıcıya intikal ettiği andan önce, satılanda bulunması gerektiği yönündeki koşuldur. Böylece, satılandaki ayıp, satış sözleşmesine atfedilmiş ve satıcının sorumluluğuna vücut vermiş olacaktır.

Ayıptan sorumluluk rejimine başvurmak isteyen alıcının sağlaması gereken şekli şartların başında, zamanaşımı süresi gelmektedir. Zamanaşımı def'i marifetiyle önünün kesilmesini arzu etmeyen alıcı, talebini, FrMK m.1648

uyarınca, satılanın ayıplı olduğunu öğrenmesinden itibaren, *iki yıllık süre* içinde satıcıya karşı ileri sürmelidir. Öte yandan, zamanaşımı süresinin başlangıcı, ayıbın öğrenilmesinden itibaren başladığı için, FrMK m.2232 hükmünde, yirmi yıllık bir *üst süre (délai butoir)* öngörülmüş; böylece nisbî olarak takdir edilen zamanaşımı süresi, hukuk güvenliği açısından bir üst sınıra tabi tutulmuştur. Son olarak, tüm bu şartların sağlanması durumunda, ispat yükünü taşıyan alıcı, satılanda, ayıptan sorumluluğa vücut verecek derece bir ayıbın bulunduğunu, ayıbın hasarın intikalinden önce satılanda yer aldığını ve satılanda bulunan ayıbın, gizli ayıp niteliğinde olduğunu ispat etmek zorundadır. Dikkat edilirse, Fransız Hukuku'nda satıcının ayıptan sorumluluğuna başvurulabilmesi için, İsviçre-Türk Hukuku'nun aksine (TBK m.223 / İsvBK m.201), gözden geçirme ve bildirim külfetine yer verilmemiştir. Bu durumda, Fransız kanun koyucusu, alıcının, ispat yükünü yerine getirerek, talebini zamanaşımı süresi içinde ileri sürmesini yeterli görmüştür.

Fransız Hukuku'nda ayıptan sorumluluk rejimi, FrMK m.1644 uyarınca, alıcıya, esasında iki temel hak sunmaktadır: ***(i)*** sözleşmeden dönme ve ***(ii)*** bedel indirimi hakkı. Alıcı, dilerse, sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir; böylece, satılanı geri vererek, satış bedelinin iadesini talep eder. Dilerse, bedel indirimi hakkını kullanarak, sözleşmeyi ayakta tutar; böylece, satış bedelinin ayıp oranında indirilmesini ister. Belirtmek gerekir ki, Fransız kanun koyucusu, medeni kanunda, açıkça alıcıya satılanın onarılması ve ayıpsız benzeriyle değiştirilmesi haklarını tanımamışsa da, bu imkanlar, alıcının en başta sahip olduğu aynen ifa talebinin bir devamı olarak içtihat yoluyla kabul edilmiştir. İsviçre-Türk Hukuku'nda olduğu gibi, Fransız Hukuku'nda da alıcıya tanınan hukuki imkanlar, satıcının kusurundan bağımsızdır. Satıcının kusurlu olması, yalnızca, ayıplı ifanın yol açtığı zararların giderilmesi açısından rol oynamaktadır. FrMK m.1645 uyarınca, şayet satıcı, *satılandaki ayıpları biliyorsa*, satış bedelinin *(kısmen veya tamamen)* iadesi yanında, alıcının bütün zararlarını gidermekle yükümlüdür. Ayıplı ifanın yol açtığı bütün zararların tazmin edilebilmesi için, satıcının satış sözleşmesinin akdedildiği anda ayıbı bilmesi şarttır. Satılandaki ayıpları bilen satıcı ise, *"kötü niyetli satıcı (vendeur de mauvaise foi)"* olarak nitelendirilmektedir. Fransız kanun koyucusu, doğrudan doğruya satıcının kusuruna değil, kusur olarak değerlendirilebilecek biçimde, satıcının ayıbı bilmesi veya bilmemesi olgusuna atıf yapmıştır. Şayet, satıcı, satılandaki ayıbı bilmiyorsa, FrMK m.1646 uyarınca, alıcı, bütün zararlarının tazminini isteyememekte, yalnızca satışın yol açtığı masrafları satıcıdan talep edebilmektedir. Öte yandan, meslekten satıcının ayıbı bildiğini ispat etmek isteyen alıcının ispat yükü hafifle-

tilmiş; satıcılığı meslek edinmiş kişiler bakımından, meslek satıcının ayıbı bildiği yönünde bir karineye işlerlik kazandırılmıştır. Belirtmek gerekir ki, bu karinenin aksini ispat etmek mümkün değildir.

Çalışmanın esas amacı, İsviçre-Türk Hukuku ile karşılaştırmalı olarak, Fransız Hukuku'nda ayıptan sorumluluk rejimini tanıtılması olmakla birlikte, Türk Hukuku açısından bazı hususlara dikkat çekmek gerekmektedir. Nitekim, Türk Hukuku'nda, alıcının ayıptan doğan hakları, hem ayıp bildirim süresi (TBK m.223) hem de kısa zamanaşımı süresiyle (TBK m.231) sınırlandırılmıştır. Satılandaki nitelik eksikliğini fark eden alıcı, TBK m.223 uyarınca, vakit kaybetmeksizin, derhal satıcıya ayıp bildiriminde bulunmuş olsa bile, ayıbın ortaya çıkmasından bağımsız olarak, satılanın tesliminden itibaren işlemeye başlamış olan iki yıllık kısa zamanaşımı süresinin dolması tehlikesiyle karşı karşıya kalmaktadır. Çoğu zaman ayıp bildirim süresine uygun davranan alıcı, zamanaşımı tuzağına yakalanmakta; zamanaşımı süresi içinde talebini ileri süren alıcı, ayıp bildiriminde geciktiği için haklarını kaybetmektedir. Üstelik, ticari veya adi satış ayrımı yapılmaksızın, bütün alıcıların aynı rejime tabi tutulması, menfaatler dengesine uygun düşmemektedir.

Kanımızca, ilk olarak, *(de lege feranda),* Fransız Hukuku'nda olduğu gibi, gözden geçirme ve bildirim külfetinin tamamen kaldırılması; yahut, hiç değilse, yalnızca ticari satışlar bakımından sınırlandırılması gerekmektedir. İkinci olarak ise, *(de lege feranda)*, zamanaşımı süresinin, TBK m.231 hükmünde olduğu gibi satılanın tesliminden değil; FrMK m.1648 hükmünde düzenlendiği üzere, ayıbın öğrenilmesinden veya hiç değilse ayıbın ortaya çıkmasından itibaren başlaması daha uygun bir çözüm olacaktır. Zira, zamanaşımı süresinin satılanın tesliminden itibaren başlaması durumunda, iki yıllık süre, ayıbın veya ayıplı ifa sebebiyle meydana gelecek olan zararın ortaya çıktığı ana nazaran, çok daha erken bir evrede başlamış olmaktadır. Bu durumda, alıcı, sonradan ortaya çıkan *gecikmiş zararlarını* satıcıya tazmin ettirme imkânından yoksun kalmaktadır. Özellikle, satılanın on veya yirmi yıl sonra ortaya çıkan çeşitli zararlara sebep olması, örneğin kanser gibi uzun süreler sonra kendisini belli eden bedensel zararlara yol açması durumunda, sorunun önemi daha iyi anlaşılabilecektir. Öte yandan, FrMK m.2232 hükmünde olduğu üzere, zamanaşımı açısından yirmi yıllık bir üst sürenin öngörülmesi, hukuk güvenliği açısından, muhtemel tereddütleri giderecektir. Son olarak, Fransız Hukuku'nda meslekten alıcı ve satıcı ile meslekten olmayan *(tesadüfi)* alıcı ve satıcının, ne denli farklı bir rejime tabi kılınmış olduğunun önemle nazara alınması ve her iki taraf açısından, farklı hukuki rejimler öngörülmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

AKÇURA KARAMAN Tuba, "Borçlar Kanunu ve Viyana Satım Anlaşması Çerçevesinde Ayıp Halinde Alıcının Hakları", **BATİDER**, Cilt 28, Sayı 1, 2012, s. 193-254 (Alıcının Hakları).

AKÇURA KARAMAN Tuba, "Borçlar Kanunu ve Viyana Satım Antlaşması (VSA) Çerçevesinde Satıcının Ayıptan Sorumluluğu ve Alıcının Hakları", **GSÜHFD**, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması'nın (CISG) Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi Sempozyumu Özel Sayısı, 2013/1, s. 225-258 (Ayıp).

AKÇURA KARAMAN Tuba, **Üreticinin Ayıplı Ürünün Sebep Olduğu Zararlar Nedeniyle Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008 (Sorumluluk).

AMAUDRUZ Michel, **La garantie des défauts de la chose vendue et la non-conformité de la chose vendue dans la loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels**, Étude de droit comparé, Imprimerie Jean Bron, Lausanne, 1968.

ARAL Fahrettin / AYRANCI Hasan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Tıpkı 12. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.

ATAMER Yeşim, "Taşınır Satımı Sözleşmesi", **Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler - Tebliğler**, (Derleyen: Murat İnceoğlu), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 187-222.

AYDOĞDU Murat, **Tüketici Hukuku Dersleri**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

AYOĞLU Tolga, **Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.

BECKER Hermann, **Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch**, Obligationenrecht, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Art.184-551 OR, Band/Nr. VI/2, Stämpfli Verlag AG, Bern, 1934 (BK).

BÉNABENT Alain, **Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux**, 11ème édition, LGDJ Lextenso éditions, Issy-les-Moulineaux, 2017 (Contrats).

BÉNABENT Alain, **Droit des obligations**, 17ème édition, LGDJ Lextenso éditions, Issy-les-Moulineaux, 2018 (Obligations).

BRÉGI Jean-François, **Droit romain**, Les obligations, Université-Droit, Ellipses Édition, Paris, 2006.

BROX Hans / WALKER Wolf-Dietrich, **Besonderes Schuldrecht**, 43. aktualisierte Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2019.

BUCHER Eugen / BUZ Vedat, "Mağdur Edilen Alıcı, Türk/İsviçre Borçlar Kanununun İki Özelliğinin Eleştirisi: Muayene ve İhbar Külfeti (Art.201 OR; BK m.198), BK. 202/II (Art.205/II OR)'ye Göre Dönme Yerine Bedel İndirimine Karar Verilmesinin Masraflara İlişkin Sonuçları", **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 146-178.

BUCHER Eugen, **Obligationenrecht Besonderer Teil**, 3. erweiterte Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1988.

CAVIN Pierre, "Considération sur la garantie en raison des défauts de la chose vendue", **SJ 1969**, s. 329-345 (Considérations).

CAVIN Pierre, **Traité de droit privé suisse**, Tome IV, 1: vente échange donation, Éditions Universitaires de Fribourg Suisse, Fribourg, 1978 (Vente).

CUENDET Jean, **La faute contractuelle et ses effets**, Étude de l'article 99 al. 3 CO, 2ème Edition, Edition Stæmpfli&Cie SA, Berne, 1970.

DUNAND Jean-Philippe / SCHMIDLIN Bruno / WINIGER Bénédict, **Droit privé romain II: Obligations**, 2ème édition revue et corrigée, Faculté de droit de l'Université de Genève, Helbing Lichtenhahn, Genève, Bâle, 2012.

EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.

FURRER Rolf, **Beitrag zur Lehre der Gewährleistung im Vertragsrecht**, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1973.

GAUCH Peter, **Le contrat d'entreprise**, (adaptation française par Benoît Carron), Schulthess Juristische Medien AG, Zurich, 1999.

GIGER Hans, **Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht**, Band VI: Das Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 1. Teilband: Kauf und Tausch - Die Schenkung, 1. Abschnitt: Allgemeine Bestimmungen - Der Fahrniskauf, Kommentar zu Art.184-215, 2. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 1980 (BK).

HONSELL Heinrich (Hrsg.) / VOGT Nedim Peter (Hrsg.) / WIEGAND Wolfgang (Hrsg.), **Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art.1-529 OR**, 6. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2015 (BSK).

HONSELL Heinrich, **Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil**, 10. überarbeitete Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2017.

HUET Jérôme / DECOCQ Georges / GRIMALDI Cyril / LÉCUYER Hervé, **Traité de droit civil**, Les principaux contrats spéciaux, 3ème édition, LGDJ Lextenso éditions, Paris, 2012.

İNCEOĞLU M. Murat, "Ayıba Karşı Tekeffül ve Garanti Sorumluluğu", **Yeni Tüketici Hukuku Konferansı (Makaleler - Tartışmalar)**, Derleyen: Doç. Dr. M. Murat İnceoğlu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 153-238.

KANIŞLI Erhan, "Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu (ÜGTDK) Uyarınca Üreticinin Sorumluluğu", **İÜHFM**, Cilt 78, Sayı 3, 2020, s. 1413-1468.

KAPANCI Kadir Berk, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından Satış Hukukunda Ayıptan Doğan Sorumluluk ve Sözleşmesel Garanti Taahhütleri**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012.

KARA Doğan, "İsviçre-Türk Hukuk Sisteminde Ayıptan Sorumluluk Çerçevesinde Doğrudan ve Dolaylı Zarar Ayrımı", **GSÜHFD**, 2018/1, s. 483-530 (Doğrudan-Dolaylı Zarar).

KARA Doğan, "Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) Uyarınca Hasar Sorunu ve Türk Borçlar Kanunu ile Karşılaştırılması", **PPIL 38/1**, 2018, s. 107-145 (Hasar).

KARA Doğan, **Satış Sözleşmesi Çerçevesinde Ayıptan Sorumlulukta Zamanaşımı ve Ayıptan Doğan Def'i Hakları**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020 (Zamanaşımı).

KELLER Max / SIEHR Kurt, **Kaufrecht des OR und Wiener UN-Kaufrecht**, 3., überarbeitete und ergänzte Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1995.

MALAURIE Philippe / AYNÈS Laurent / GAUTIER Pierre-Yves, **Droit des contrats spéciaux**, 9ème édition, LGDJ Lextenso éditions, Issy-les-Moulineaux, 2017.

MALINVAUD Philippe / FENOUILLET Dominique / MEKKI Mustapha, **Droit des obligations**, 14ème édition, LexisNexis, Paris, 2017.

MEDICUS Dieter / LORENZ Stephan, **Schuldrecht II, Besonderer Teil**, 18. neu bearbeitete Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2018.

NOMER Halûk Nami, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 17. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2020.

OĞUZMAN M. Kemal / ÖZ M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt I, 17. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019.

OSER Hugo / SCHÖNENBERGER Wilhelm, **Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch**, V. Band: Das Obligationenrecht, 2. Teil (Halbband): Art.184-418, 2. umgearbeitete Auflage, Schulthess&Co, Zürich, 1936 (ZK).

PEDRAZZINI Franco, **La dissimulation des défauts dans les contrats de vente et d'entreprise**, Éditions Universitaires Fribourg Suisse, Fribourg, 1992.

PICHONNAZ Pascal, "La prescription de l'action en dommages-intérêts: Un besoin de réforme", **Le temps dans la responsabilité civile**, Colloque du droit de la responsabilité civile 2005, Université de Fribourg, Stämpfli Éditions SA, Berne, 2007, s. 71-106 (Dommages-intérêts), s. 81-88.

PICHONNAZ Pascal, **Les fondements romains du droit privé**, Schulthess Médias Juridique SA, Genève, Zurich, Bâle, 2008 (Fondements romains).

PUIG Pascal, **Contrats spéciaux**, 6ème édition, édition Dalloz, Paris, 2015 (Contrats).

RAYNARD Jacques / SEUBE Jean-Baptiste, **Droit des contrats spéciaux**, 9ème édition, LexisNexis, Paris, 2017.

ROBAYE René, **Le droit romain**, 3ème édition, Academia Bruylant, Bruxelles, 2005.

SCHÖNLE Herbert, "Remarques sur la responsabilité causale du vendeur selon les art.195 al. 1 et 208 al. 2 CO", **SJ 1977**, s. 465-492.

SCHWARZ Andreas B., "Satış Aktinde Hasarın İntikali", (Çeviren: Kudret Ayiter), **AÜHFD**, Cilt 1-4, 1947, s. 159-167.

SEROZAN Rona, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, (Yayına Hazırlayanlar: Rona Serozan, Başak Baysal, Kerem Cem Şanlı), 4. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.

STANISLAS Guy, **Le droit de résolution dans le contrat de vente, Sanction de l'inexécution des obligations contractuelles**, Étude de droit suisse, Mémoires publiés par la Faculté de Droit Genève, Librairie de l'Université Georg et Cie S.A., Genève, 1979.

TANDOĞAN Halûk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Cilt I/1, Kendine Özgü Yapısı Olan ve Karma Sözleşmeler, Satış ve Çeşitleri, Trampa, Bağışlama, 5. Basımdan 6. Tıpkı Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.

TERCIER Pierre / BIERI Laurent / CARRON Blaise, **Les contrats spéciaux**, 5ème édition, Schulthess Médias Juridiques SA, Éditions Romandes, Genève, Zurich, Bâle, 2016.

TERRÉ François / SIMLER Philippe / LEQUETTE Yves, **Droit civil, Les obligations**, 11ème édition, Edition Dalloz, Paris, 2013.

THÉVENOZ Luc (éd.) / WERRO Franz (éd.), **Commentaire Romand, Code des obligations I, Art.1-529 CO**, (éd.: Luc Thévenoz, Franz Werro), 2ème édition, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2012 (CR).

von TUHR Andreas, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı**, Cilt: 1-2, (Çeviren: Cevat Edege), Yargıtay Yayınları, Olgaç Matbaası, Ankara, 1983.

YAVUZ Cevdet / ACAR Faruk / ÖZEN Burak, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, (Yayına Hazırlayanlar: Cevdet Yavuz, Faruk Acar, Burak Özen), 10. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014.

YAVUZ Cevdet, **Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu**, Beta Yayınevi, İstanbul, 1989.

ZEVKLİLER Aydın / GÖKYAYLA Kadir Emre, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 20. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020.

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2021; 1: 1113-1192

MİLLETLERARASI TİCARET ODASININ 2021 TAHKİM KURALLARININ İNCELENMESİ(*)

Av. **Dilan GÜMÜŞTAŞ**(**)

Öz: Milletlerarası ticari ilişkilerin hızla geliştiği bir dünyada, milletlerarası ticari uyuşmazlıklar da bu gelişime paralel olarak artmaktadır. Milletlerarası ticari uyuşmazlıkların önemli bir bölümü kurumsal tahkim yoluyla çözümlenmekte ve Milletlerarası Ticaret Odası, kuruluşundan bu yana, söz konusu uyuşmazlıkların çözümlendiği tahkim kurumlarının başında gelmektedir. ICC bünyesinde yargılamaların nasıl yürütüleceğini düzenleyen ICC Tahkim Kuralları ilk olarak 1922 yılında yayınlanmıştır. ICC Tahkim Kuralları, güncel gelişmeler ve ihtiyaçlar doğrultusunda 1927, 1931, 1933, 1939, 1947, 1955, 1975, 1998, 2012 ve 2017 yıllarında değişikliğe uğramıştır. ICC Tahkim Kuralları'nda son değişiklik 2021 yılında gerçekleşmiştir. 2021 ICC Tahkim Kuralları daha verimli, esnek ve şeffaf bir tahkim yargılaması sunacağı iddiasıyla 1 Aralık 2020'de resmi olarak ilan edilmiştir. 1 Ocak 2021 tarihinde yürürlüğe giren 2021 Kuralları, ICC bünyesindeki tahkim yargılamaları bakımından önemli birtakım değişiklikler ve yenilikler getirmektedir. Bu çalışmada söz konusu değişiklikler ve yenilikler incelenmiş olup; her birinin arkasındaki gelişmeler ve bunların olası etkileri, içtihat ve uygulamadaki tartışmalar ışığında değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Milletlerarası Tahkim, Milletlerarası Ticaret Odası, ICC Tahkimi, ICC 2021 Tahkim Kuralları, Değişiklikler.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 01.04.2021. Makale Kabul Tarihi: 25.05.2021.

(**) İstanbul Barosuna kayıtlı Stajyer Avukat
(ORCID no: 0000-0003-1097-8355; *dilangumustas@hotmail.com*).

Yazar, destekleri için Doç. Dr. Süheyla Balkar'a, Av. Noyan Göksu'ya ve Erdem Küçüker'e teşekkürü borç bilir.

EXAMINATION OF THE 2021 ARBITRATION RULES OF THE INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE

Abstract: In a world of rapidly developing international commercial relations, international commercial disputes have also been inevitably increasing parallel with this development. A significant number of these commercial disputes are resolved through institutional arbitration, and the International Chamber of Commerce has been one of the leading arbitration institutions since its establishment. The ICC Arbitration Rules, which regulate the conduct of proceedings before the ICC Court, were first published in 1922. The ICC Arbitration Rules have been amended in 1927, 1931, 1933, 1939, 1947, 1955, 1975, 1998, 2012, and 2017 following the current developments and needs. The ICC Arbitration Rules have been last amended in 2021. On 1st December 2020, the International Chamber of Commerce officially launched its 2021 Arbitration Rules that aim to bring a more efficient, flexible, and transparent conduct of arbitration proceedings. 2021 Rules that entered into force on 1st January 2021, bring several important amendments and novelties with regards to the arbitration proceedings that are administered under the auspices of ICC. In this article, the amended provisions of the ICC Arbitration Rules are analyzed, and the background of these amendments and their possible impacts are evaluated in light of the precedents and debates from the arbitration practice.

Keywords: International Arbitration, International Chamber of Commerce, ICC Arbitration, ICC 2021 Arbitration Rules, Amendments.

GİRİŞ

Milletlerarası Ticaret Odası ("MTO" / *International Chamber of Commerce* "ICC"), milletlerarası ticari tahkim uyuşmazlıklarının çözümlendiği kurumlar arasında çok önemli bir yere sahiptir[1]. 2018'de gerçekleştirilen bir araştırmaya göre taraflar bir tahkim kurumunu seçerken sırayla en çok (i) tanınırlık ve saygınlığa, (ii) tahkim süreci yönetiminin profesyonelliğine, (iii) tecrübeye ve (iv) taraf-

[1] ICC Tahkim Enstitüsü ve ICC Tahkim Kuralları hakkında bkz. YEŞİLIRMAK Ali, **ICC Tahkim Kuralları ve Uygulaması**, Birinci Bası, On İki Levha, İstanbul, 2018; FRY Jason / GREENBERG Simon / MAZZA Francesca, **The Secretariat's Guide to ICC Arbitration**, 2012; SCHWARTZ Eric / DERAINS Yves, **Guide to the ICC Rules of Arbitration**, İkinci Bası, Kluwer Law International, 2005; VERBIST Herman / SCHÄFER Erik / IMHOOS Christophe, **ICC Arbitration in Practice**, İkinci Bası, Kluwer Law International, 2015; ERDEM Halil Ercüment, **Milletlerarası Ticaret Hukuku**, İkinci Bası, On İki Levha, İstanbul, 2020, ss. 603-644; ŞANLI Cemal, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, Yedinci Bası, Beta, İstanbul, 2019, ss. 395-399.

sızlık/uluslararasılığa dikkat etmektedir[2]. Bu kriterlerin esas alındığı çalışmaya göre ICC, %77 oranla açık ara en çok tercih edilen tahkim kurumudur[3].

ICC, daha verimli, esnek ve şeffaf bir tahkim yargılaması getireceği iddiasıyla 2021 yılında tahkim kurallarını güncellemiştir[4]. Aralık 2020'de tanıtımı yapılan ve 1 Ocak 2021 tarihinden itibaren başlatılacak tahkim davaları bakımında uygulanacak olan 2021 ICC Tahkim Kuralları'nın[5] ("2021 Kuralları"), 2017 ICC Tahkim Kuralları'nın[6] ("2017 Kuralları") yerini alacağı duyurulmuştur. Bu kapsamda ayrıca 2021 Kuralları'nın uygulanmasına ilişkin "*Tahkim Yargılamasının Yürütülmesi Hakkında Taraflar ve Hakem Heyetleri için 2021 ICC Notu*" ("2021 Kılavuzu") yayınlanmıştır[7].

2021 Kuralları önemli değişiklikler ve yenilikler getirse de 2017 Kuralları'nın genel çerçevesini korumaktadır. Bu kapsamda 2021 Kuralları'nın bir kısmı ICC pratiğini kodifiye eden ve 2017 Kuralları'nda var olan hükümlerin uygulama alanını genişleten hükümlerden oluşmaktadır. Bununla birlikte 2021 Kuralları, ICC tahkimi bakımından son derece yeni hükümler de içermektedir. Tüm bu değişikliklerin ve yeniliklerin, milletlerarası tahkimde süregelen tartışmaları ve güncel gelişmeleri yansıttığı gözlenmektedir.

2021 Kuralları, md.6 (1) doğrultusunda, 1 Ocak 2021 tarihinden itibaren başlatılacak tahkim davalarında uygulanacaktır[8]. Bu hükme göre taraflar, söz-

---

2 2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration ("2018 Queen Mary Raporu"), s. 14, http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-(2).PDF (Erişim Tarihi: 24.03.2021).

3 2018 Queen Mary Raporu, s. 13.

4 ICC Divan Başkanı Alexis Mourre: "*Kurallarda yapılan değişiklikler, daha verimli, esnek ve şeffaf kurallar sunmaya ve ICC Tahkimini hem büyük, karmaşık davalar hem de küçük ölçekli davalar için daha çekici kılmaya doğru bir diğer adıma işarettir.*" (Serbest çeviri usulü ile yazar tarafından çevrilmiştir), bkz. ICC Unveils Revised Rules of Arbitration, https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/icc-unveils-revised-rules-of-arbitration/ (Erişim Tarihi: 24.03.2021).

5 2021 ICC Arbitration Rules, https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/12/icc-2021-arbitration-rules-2014-mediation-rules-english-version.pdf (Erişim Tarihi: 24.03.2021).

6 2017 ICC Arbitration Rules, https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/01/ICC-2017-Arbitration-and-2014-Mediation-Rules-english-version.pdf (Erişim Tarihi: 24.03.2021).

7 2021 Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration Under the ICC Rules of Arbitration, https://iccwbo.org/publication/note-parties-arbitral-tribunals-conduct-arbitration/ (Erişim Tarihi: 24.03.2021).

8 İlgili madde şu şekildedir: "*Tahkimin, tahkim sözleşmesinin yapıldığı tarihte yürürlükte olan kurallara göre yürütüleceği konusunda taraf anlaşması yoksa, tahkimin başladığı tarihte yürürlükte olan Kurallar'a tâbi olarak yürütülmek üzere sunulduğu kendiliğinden kabul edilir.*". Belirtilmelidir ki, bu kuralın istisnası 2021 Kuralları, Ek VI, md.1'de düzenlenen Seri Tahkim

leşmelerinde ICC Kuralları'nın önceki versiyonlarından birinin uygulanmasını açıkça kararlaştırmışlarsa veya sonradan bu yönde bir anlaşmaya varmışlarsa, 2021 Kuralları uygulanmayacaktır[9]. Bu yönde bir taraf anlaşmasının olmadığı hallerde ise tahkim talebinin (*Request for Arbitration) ICC Sekretaryası* ("Sekretarya") tarafından alındığı tarihte yürürlükte olan kurallar uygulanacaktır[10].

Bu çalışmanın kapsamında 2021 Kuralları ile getirilen değişiklikler ve yenilikler incelenmiş olup, bu değişikliklere ve yeniliklere sebep olan gelişmeler ve tartışmalar açıklanmış, 2021 Kuralları'nın olası etkilerinden ve öngörülen yeni tartışmalardan bahsedilmiştir.

Çalışmanın ilk bölümünde, daha evvel ICC Tahkim Kuralları'nda yer alan fakat 2021 Kuralları ile kapsamı değişen hükümler; ikinci bölümünde ise ICC Tahkimi için yenilik arz eden veya ICC pratiğinde bulunan fakat ilk kez hüküm altına alınmış olan 2021 Kuralları mercek altına alınmıştır. Faydalı olacağı düşüncesiyle, 2021 Kuralları'nda 2017 Kuralları'nın lafzının değiştirilmesi suretiyle yer verilen hükümler bakımından ilgili başlıklar altına hükümlerin karşılaştırıldığı tablolar eklenmiştir.

I. 2021 ICC TAHKİM KURALLARI'NIN GETİRDİĞİ DEĞİŞİKLİKLER

2021 Kuralları ile ICC tahkimi bünyesinde daha evvel yer alan birtakım hükümlerin uygulama alanı genişletilmiştir. Bu kapsamda özellikle uyuşmazlığa konu sözleşmelerin çok taraflı olduğu ve uyuşmazlığın birden fazla sözleşmeden kaynakladığı uyuşmazlıklarda, tarafların ihtiyaçlarına cevap verecek şekilde tahkimde davaya katılmanın ve davaların birleştirilmesinin uygulama alanı genişletilmiştir[11]. Ayrıca daha hızlı ve ucuz bir yargılama sunan seri tahkim usulünün de kendiliğinden uygulandığı davaların kapsamı genişletilmiştir.

Usulüdür. Zira bu usule kendiliğinden tabi olmak bakımından dikkate alınan tarih tahkimin başladığı tarih değil, tahkim anlaşmasının yapıldığı tarihtir.

9 Fakat öğretide ifade edildiği üzere, taraflar uygulanan güncel kurallar yerine tahkim sözleşmelerinde daha önceki kurallardan birinin uygulanmasını kararlaştırmış oldukları takdirde, ICC Divanı ve Sekretaryası, tarafların yeni kuralların uygulanması konusunda anlaşmalarını teşvik edecek, bu çaba başarısızlıkla sonuçlanırsa, konu hakkında karar vermek üzere dosyayı hakem heyetine tevdi edecektir. Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. SCHNYDER Raphaëlle Favre, "Chapter 17, Part II: Commentary on the ICC Rules", **Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide** (ed. Manuel Arroyo), İkinci Bası, Kluwer Law International, 2018, s. 2195.

10 Zira 2021 Kuralları md.4 (2) uyarınca tahkim davasının başlangıç tarihi, tahkim talebinin Sekretarya tarafından alındığı tarihtir.

11 Çok taraf ve/veya sözleşme içeren uyuşmazlıkların tahkimle çözümüne ilişkin bir değerlendirme için bkz. TİRYAKİOĞLU Bilgin, "Çok Taraflı Tahkim", **ICC Türkiye XII. Milletlerarası Tahkim Semineri**, 27 Aralık 2014, Ankara, ss. 101-111.

1. Tahkimde Davaya Katılma

2017 Kuralları[12]	**2021 Kuralları**[13]
Madde 7 - Davaya Dahil Etme (1) Tahkime bir tarafın dahil edilmesini isteyen taraf, davaya dahil etmek istediği taraf aleyhindeki tahkim talebini ("Dahil Etme Talebi") Sekretaryaya sunar. Sekretarya tarafından Dahil Etme Talebi'nin alındığı tarih, ilgili her durum için, katılan tarafa karşı tahkimin başladığı tarih olarak kabul edilir. Davaya dahil etme, Madde 6(3)-6(7) ve 9 hükümlerine tâbidir. Dahili tarafla birlikte tüm taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, herhangi bir hakemin onaylanmasından veya atanmasından sonra, ilave bir taraf davaya dahil edilemez. Sekretarya, Dahil Etme Talebi'nin sunulması için bir süre belirleyebilir. (...)	Madde 7 - Davaya Dahil Etme[14] (1) Tahkime bir tarafın dahil edilmesini isteyen taraf, davaya dahil etmek istediği taraf aleyhindeki tahkim talebini ("Dahil Etme Talebi") Sekretaryaya sunar. Sekretarya tarafından Dahil Etme Talebi'nin alındığı tarih, ilgili her durum için, katılan tarafa karşı tahkimin başladığı tarih olarak kabul edilir. Davaya dahil etme, Madde 6(3)-6(7) ve 9 hükümlerine tâbidir. Dahili tarafla birlikte tüm taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça **veya Madde 7(5)'te belirtildiği gibi**, herhangi bir hakemin onaylanmasından veya atanmasından sonra, ilave bir taraf davaya dahil edilemez. Sekretarya, Dahil Etme Talebi'nin sunulması için bir süre belirleyebilir. (...) **(5) Herhangi bir hakemin onaylanmasından ya da atanmasından sonra yapılan bir Dahil Etme Talebi, hakem kurulu oluştuktan sonra, dahil edilmek istenen tarafın hakem kurulunun teşkilini onaylamasına ve uygulanabildiği durumda, Görev Belgesi'ni kabul etmesine bağlı olarak, hakem kurulu tarafından karara bağlanır. Böyle bir Dahil Etme Talebi hakkında karar verirken hakem kurulu, dahil edilmek istenen taraf üzerinde *prima facie* yetkisi bulunup bulunmadığı, Dahil Etme Talebi'nin zamanlaması,**

[12] 2017 Kuralları'nın resmi Türkçe tercümesinden alıntılanmıştır, bkz. 2017 Tahkim Kuralları, https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2019/08/icc-2017-arbitration-and-2014-mediation-rules-turkish-version.pdf (Erişim Tarihi: 24.03.2021).

[13] Makalenin yazım tarihinde 2021 Kuralları'nın resmi Türkçe tercümesi bulunmamakta olup maddelerin çevirileri yazar tarafından serbest çeviri usulü ile yapılmıştır.

[14] *2021 Kuralları*, md.7 (5)'in İngilizce aslı şu şekildedir: "*Any Request for Joinder made after the confirmation or appointment of any arbitrator shall be decided by the arbitral tribunal once constituted and shall be subject to the additional party accepting the constitution of the arbitral tribunal and agreeing to the Terms of Reference, where applicable. In deciding on such a Request for Joinder, the arbitral tribunal shall take into account all relevant circumstances, which may include whether the arbitral tribunal has prima facie jurisdiction over the additional party, the timing of the Request for Joinder, possible conflicts of interests and the impact of the joinder on the arbitral procedure. Any decision to join an additional party is without prejudice to the arbitral tribunal's decision as to its jurisdiction with respect to that party.*"

	muhtemel menfaat çatışmaları ve Davaya Dahil Etme'nin tahkim sürecine olan etkileri gibi, ilgili tüm hususları dikkate alır. Bir tarafın davaya dahil edilmesine ilişkin herhangi bir karar, hakem kurulunun dahil edilen taraf üzerindeki yetkisine ilişkin kararına halel getirmez.

2021 Kuralları'nda yapılan önemli değişikliklerden biri, 1 Ocak 2021 tarihinden sonra başlatılan tahkim yargılamaları bakımından, davaya dahil etmenin (*joinder*) daha kolay hale gelmesidir[15]. 2017 Kuralları'nın 7. maddesi uyarınca, *ICC Tahkim Divanı* ("Divan") tarafından hakem seçimi onaylandıktan veya hakem ataması yapıldıktan sonra yapılan dahil etme talebi ancak tüm tarafların kabulü ile mümkündü[16]. 2021 değişiklikleri ile kurallara eklenen md.7 (5) hakem heyetine böyle bir ortak kabulün bulunmaması halinde dahi dahil etme talebini kabul etme yetkisi vermektedir. Ancak bu durumda dahil edilecek olan tarafın hakem heyetinin teşkiline onay vermesi gerekir.

Tahkim davalarına konu edilen uyuşmazlıklar mal satım sözleşmeleri gibi tarafları alıcı ve satıcıdan oluşan sözleşmelerden kaynaklanabildiği gibi, inşaat sektöründe görülen eser sözleşmeleri gibi genellikle tarafları birden çok olan sözleşmelerden de doğabilmektedir[17]. Bu sebeple tek davacı ve tek davalının bulunduğu tahkim davaları sıklıkla görülse de çok taraflı tahkim davalarının sayısı da azımsanmayacak derece fazladır[18]. Nitekim bu davalarda birden çok tarafın birlikte dava açtığı yahut bir davacının birden çok da-

---

15 Davaya katılma usulü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. HANOTIAU Bernard, **Complex Arbitrations: Multi-Party, Multi-Contract, Multi-Issue - A Comparative Study**, İkinci Bası, Kluwer Law International, 2020, ss. 311-360.

16 Zira hakemler atanıp dava görülmeye başlandıktan sonra yapılacak başvuru, davaya yeni vaka ve taleplerin eklenmesine sebebiyet verecek ve yargılama sürecini yavaşlatacaktır. Bu sebeple tarafların rızası olmadan sürecin aksamasına müsaade edilmek istenmediği düşünülmektedir. Ayrıca bu aşamada yapılacak bir dahil etme talebinin kabulü halinde üçüncü kişinin hakem heyetine bir üye atayamayacağı düşünüldüğünde üçüncü kişinin eşit muamele görme hakkından yoksun kalacağı göz önünde bulundurularak, davaya dahil etme talebinin bir zaman sınırına tabi tutulduğu ifade edilmektedir. Bu görüş için bkz. MEIER Andrea, "Chapter 17, Part II: Commentary on the ICC Rules", **Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide** (ed. Manuel Arroyo), İkinci Bası, Kluwer Law International, 2018, s. 2214; Aynı yönde bkz. VERBIST / SCHÄFER / IMHOOS, s. 54; 2017 Kuralları uyarınca davaya katılma usulü ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. YEŞİLIRMAK, ss. 52-54.

17 ICC'nin 2019 istatistiğine göre, 2019 yılında inşaat sektörüne ilişkin 211 yeni dava kaydedilmiştir, bkz. 2019 ICC Dispute Resolution Statistics, s. 15, www.iccwbo.org/publication/icc-dispute-resolution-statistics/ (Erişim Tarihi: 24.03.2021).

18 2019 yılında kaydedilen davaların üçte birinin ikiden çok tarafı vardır (2019 ICC Dispute Resolution Statistics, s. 9).

valıya sürecin başında dava ikame ettiği görülmekte olduğu gibi, sürecin ilerleyen aşamalarında dava dışı bir üçüncü kişinin davaya dahil edilmesi ihtiyacı da doğabilmektedir. Bu ihtiyacın doğabileceği haller, davacının tahkim talebinden sonra, sorumluluğuna başvurabileceği üçüncü kişiyi öğrenmesi veya davalının hakem kararı aleyhine olduğu takdirde sorumluluğuna başvuracağı tarafı yargılamaya katmak istemesi olarak örneklendirilebilir[19]. Bunun yanı sıra, davaya dahil edilmek istenen üçüncü kişinin davanın kendi bakımından da nihayete erdirilmesinde menfaati olabileceği gibi, bu kişi uyuşmazlığın karara bağlanması noktasında kritik bir delil sağlayacak konumda da olabilir[20]. Bu doğrultuda dahil etme usulünün, paralel yargılamaları ve çelişme riski olan hakem kararlarını önlemek ve dolayısıyla tahkimde verimliliği sağlamak adına faydalı bir araç olduğu söylenebilir[21]. Ancak bir üçüncü kişinin davaya dahil edilmesiyle sürecin uzaması ve masrafların artması; üçüncü kişinin davaya dahil edilmesine rıza göstermeyen dava tarafının, katılma halinde üçüncü kişi ile yargılama esnasında gizli bilgilerini paylaşmak zorunda bırakılması bu usule yöneltilen eleştiriler arasında yer almaktadır[22].

2021 Kuralları ile eklenen md.7 (5) ile ICC, bir tarafın hakem heyetinin kurulmasından sonra ortaya çıkabilecek davaya dahil etme talebinin, diğer dava tarafının onayı gerekmeksizin, kabul görmesini mümkün kılarak *joinder* usulünün uygulama alanını genişletmiştir. Böylece ICC, yalnızca talepte bulunan taraf ile davaya dahil edilmek istenen üçüncü kişinin rızası ve hakem heyetinin onayı ile derdest bir davaya katılmayı mümkün hale getirmiştir. 2021 Kuralları çerçevesinde, hakem heyeti atanmış olsa dahi, bir tarafın davaya dahil etme talebi üzerine, üçüncü kişi buna onay verirse ve aynı za-

---

19 MEIER, s. 2212.

20 MENON Smitha / TIAN Charles, "Joinder and Consolidation Provisions Under 2021 ICC Arbitration Rules: Enhancing Efficiency and Flexibility for Resolving Complex Disputes", Kluwer Arbitration Blog, http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/01/03/joinder-and-consolidation-provisions-under-2021-icc-arbitration-rules-enhancing-efficiency-and-flexibility-for-resolving-complex-disputes/ (Erişim Tarihi: 24.03.2021).

21 EHLE Bernd / MOSS Sam, "2021 ICC Arbitration Rules - What the Revised Joinder and Consolidation Rules Mean for Construction Disputes", https://www.internationallawoffice.com/Newsletters/Projects-Construction-Infrastructure/International/LALIVE/The-2021-ICC-Arbitration-Rules-what-revised-joinder-and-consolidation-rules-mean-for-construction-disputes (Erişim Tarihi: 24.03.2021).

22 EHLE / MOSS, "2021 ICC Arbitration Rules -What the Revised Joinder and Consolidation Rules Mean for Construction Disputes"; Benzer eleştiriler tahkim davalarının birleştirilmesi usulüne de yöneltilmektedir.

manda hakem heyetinin yetkisini ve görev belgesini (*Terms of Reference*) kabul ederse, hakem heyeti bu talebi değerlendirmeye alacaktır. Hakem heyeti değerlendirmesinde (i) dahil edilmek istenen taraf üzerinde *prima facie* yetkisi bulunup bulunmadığını, (ii) dahil etme talebinin yapıldığı zamanı, (iii) üçüncü kişinin dava taraflarıyla bir çıkar çatışması olup olmadığını ve (iv) katılmanın tahkim sürecine olan etkisi gibi hususları dikkate alacaktır[23]. Bununla birlikte, hakem heyetinin, ileriki bir aşamada, davaya dahil edilen taraf hakkında yetkisizlik kararı verme hakkı saklı tutulmuştur[24].

Görüldüğü gibi, 2021 Kuralları'na göre üçüncü bir kişinin davaya dahil edilmesi, 2017 Kuralları'na kıyasla daha esnek bir hal almış, davaya dahil etme talebine rıza göstermeyen diğer dava tarafına rağmen, davaya dahil edilmek istenen üçüncü kişinin bu duruma rıza göstermesi ve hakem heyetinin dahil etme talebini uygun bulması halinde, üçüncü kişinin davaya katılması yargılamanın her aşamasında mümkün kılınmıştır[25]. Belirtilmelidir ki 2021 Kuralları, üçüncü kişinin davaya katılmak istememesi durumunda, bu kişinin davaya dahil edilmesine müsaade etmemektedir[26]. Zira bir kimse iradesi hilafına bir tahkim yargılamasına dahil edilmeye ve kuruluşuna dahil olmadığı bir hakem heyetini kabul etmeye zorlanamamaktadır[27]. Benzer şekilde, dava taraflarından birinin talebi olmaksızın, dava dışı tarafın yalnızca kendi talebi ile davaya katılması da kurallarda öngörülmemiştir[28].

Bununla birlikte ICC, *Dutco* davasında[29] olduğu gibi, tarafların hakem heyetinde eşit temsil edilmeyişinin, hakem kararının iptali sebebi olarak

---

23 *2021 Kuralları*, md.7 (5); *2021 Kılavuzu*, p. 18.

24 *2021 Kılavuzu,* p. 18.

25 BHUSHAN Abhinav / THAKUR Sameer, "Nothing Changes If Nothing Changes: An Introduction to the 2021 ICC Rules of Arbitration", Kluwer Arbitration Blog, arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/10/27/nothing-changes-if-nothing-changes-an-introduction-to-the-2021-icc-rules-of-arbitration/ (Erişim Tarihi: 24.03.2021).

26 TEVENDALE Craig / FRANC-MENGET Laurence / TOMASI Thierry / FOX Emily/ NAISH Vanessa / WARDER Rebecca, "The New ICC Rules: What You Need to Know", Herbert Smith Freehills Arbitration Notes, https://hsfnotes.com/arbitration/2020/10/09/the-new-icc-rules-2021-what-you-need-to-know/ (Erişim Tarihi: 24.03.2021).

27 TİRYAKİOĞLU, s. 106.

28 2021 Kuralları'nda muhafaza edilen bu yaklaşımın 2017 Kuralları bakımından incelemesi için bkz. YEŞİLIRMAK, s. 52-53.

29 *BKMI Industrienlagen GmbH et Siemens AG v Dutco Construction* Bull. Civ. 1 No 2, decision of the Chambre Civile 1 of the Cour de Cassation of January 7, 1992. *Dutco* davası, tahkimde davalı olarak yer alan tarafların "eşit muamele ilkesi" ne aykırı hareket edildiği gerekçesiyle kısmi hakem kararının iptalini talep etmelerini konu almaktadır. Bir davacı ve iki davalının bulunduğu, ICC Ku-

görülmesini önlemek adına 2017 Kuralları'ndaki yaklaşımını değiştirmiştir[30]. Bu doğrultuda 2021 Kuralları, davaya katılan tarafın hakem heyetinin yetkisine ve görev belgesine onay vermesini şart koşmuştur. Böylelikle sonradan davaya katılan üçüncü kişinin hakem heyetinin kuruluşunda pay sahibi olamadığı ve bu nedenle hakem heyetinin kendisi bakımından yetkisiz olduğu iddialarına karşı hakem kararının geçerliliği korunmak istenmiştir.

Nezdinde önemli sayıda çok taraflı dava görülen ICC, 2021 Kuralları ile davaya dahil olmayı kolaylaştırarak, tarafların dava haklarını etkili biçimde kullanmaları yönünde bir adım atmıştır. 2021 Kuralları md.7 (5) hükmü, eski kuralların aksine, davaya dahil etme talebini şekilci bir tutumla tahkimin belirli bir aşamasına hapsetmemiş ve bu hakkın dava süreci boyunca kullanılması imkânını sağlamıştır[31]. Ancak 2021 Kuralları ile davaya dahil

---

ralları uyarınca görülen tahkim yargılamasında, davacı *Dutco*, davalılar *Siemens* ve *BKMI*'ye aynı sözleşmeden kaynaklanan, fakat ayrı ve birbirinden bağımsız talepler yöneltmiştir. Hakem heyetinin kurulması aşamasında, ICC Kuralları'nda öngörüldüğü üzere, davalıların, taraf hakemlerini ortak bir karar ile belirlemesi gerekmiştir. Davalılar, tahkimde ileri sürülen taleplerin iki davalıya ortak olarak yönetilmemesi ve bu taleplerin birbirinden bağımsız ve farklı karakteristiğe sahip olması sebebiyle, birbirlerinden bağımsız bir şekilde birer hakem atamak istemiştir. Bu isteğin Divan tarafından reddi üzerine, davalılar, hakemlerini, müştereken, bir ihtirazi kayıt koyarak atamışlardır. Hakem heyetinin kurulması üzerine davalılar, *Siemens* ve *BKMI*, hakem heyetinin kuruluş usulüne ilişkin itirazını bu sefer hakem heyetine bildirmiş, hakem heyeti ise bu itirazı, yetkili olduğuna ilişkin bir kısmi karar (*partial award on jurisdiction*) aracılığıyla reddetmiştir. Bunun üzerine davalılar, tek başına hakemini atayan ve hakem heyetinde söz sahibi olabilen davacı karşısında, hakem heyetinin kuruluşuna birbirlerinden bağımsız olarak katkı sağlayamadıkları ve davacı ile eşit muameleye tabi tutulmadıkları iddiası ile bu kısmi kararı iptal davasına konu etmiştir. Dava, her ne kadar istinaf mahkemesi tarafından reddedilse de, 1992'de temyiz mahkemesi tarafından haklı görülmüş ve verilen hakem kararı kamu düzenine aykırılık sebebiyle iptal edilmiştir. Karar hakkında detaylı bilgi için bkz LAL Hamish / DEFRANCHI Lea, "Party Nomination of Arbitrators: Égalité of Parties and the Dutco Principle", Akin Gump International Arbitration Alert, https://www.akingump.com/a/web/o7gr2fXq5GkYvfqpWfqpJS/Xbawz/international-arbitration-alert-party-nomination-of-arbitrators.pdf (Erişim Tarihi: 24.03.2021).; *Dutco* kararı tahkim dünyasında büyük ses getirmiş, bundan sonraki süreçte ICC, kurallarına, çok taraflı davalarda, dava taraflarından birinin birden çok üyeden oluştuğu ve bu kişilerin atayacakları hakem konusunda ortak bir karara varamadıkları hallerde, tüm hakemlerin Divan tarafından atanabileceğine ilişkin bir hüküm eklemiştir. Bu konuyu düzenleyen md.12 (8), 2021 Kuralları'nda yerini korumaktadır.

[30] 2012 ve 2017 Kuralları'na göre, hakemlerden biri atandıktan veya onaylandıktan sonra davaya dahil edilen üçüncü kişi, sonradan hakem heyetinin yetkisiz olduğunu ve tahkim anlaşmasının kendisi bakımından geçersiz olduğunu iddia edebilmekteydi. Bu görüş için bkz. YEŞİLIRMAK, s. 53; Tahkimde taraf eşitliği prensibi hakkında bkz. AKINCI Ziya, **Milletlerarası Tahkim**, Beşinci Bası, Vedat, İstanbul, 2020, ss. 234-235; Çok taraflı tahkimde göz önünde bulundurulması gereken bir ilke olarak eşit muamele ilkesi için bkz. TİRYAKİOĞLU, ss. 105-106.

[31] Diğer bazıtahkim kurallarının davaya dahil etme talebi düzenlemelerine bakıldığında, 2020 Londra Milletlerarası Tahkim Mahkemesi ("LCIA") Tahkim Kuralları md.22.1 (x)'de hakem heyetinin dava taraflarından birinin yazılı başvurusu ve dahil edilmek istenen tarafın onayı ile üçüncü bir kişinin yargılamaya katılmasına izin verebileceğinin düzenlendiği görülmektedir,

etme usulünün dava taraflarının rızası aranmayacak şekilde genişletilmesi, bazı dava taraflarının rızası hilafına sürecin uzamasına sebep olabileceğinden, adil yargılanma hakkına ve yargılamanın gizliliğine ilişkin endişeleri gündeme getirmektedir. Fakat hakem heyetinin katılmanın davaya olan etkisini ve muhtemel çıkar çatışmalarını göz önünde bulunduracağı düşünüldüğünde, bu endişenin 2021 Kuralları'nda en aza indirgendiği görülmektedir.

2. Tahkimde Davaların Birleştirilmesi

2017 Kuralları	**2021 Kuralları**
Madde 10 - Tahkim Davalarının Birleştirilmesi	Madde 10 - Tahkim Davalarının Birleştirilmesi[32]
(1) Bir tarafın talebi üzerine Divan, Kurallar uyarınca derdest iki veya daha fazla tahkim davasını aşağıdaki hallerde birleştirebilir:	(1) Bir tarafın talebi üzerine Divan, Kurallar uyarınca derdest iki veya daha fazla tahkim davasını aşağıdaki hallerde birleştirebilir:
(a) Tarafların birleştirmeyi kabul etmesi, veya	(a) Tarafların birleştirmeyi kabul etmesi, veya
(b) Tahkimlerdeki taleplerin hepsinin aynı tahkim sözleşmesine dayanması, veya	(b) Tahkimlerdeki taleplerin hepsinin aynı tahkim sözleşmesi **veya sözleşmelerine** dayanması, veya
(c) Tahkimlerde ileri sürülen taleplerin birden fazla tahkim sözleşmesine dayanması durumunda, tahkimlerin ta-	(c) Tahkimlerde ileri sürülen taleplerin **aynı tahkim sözleşmesi ya da sözleşmelerine dayanmaması**, **fakat**

bkz. 2020 LCIA Arbitration Rules, https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2020.aspx (Erişim Tarihi: 24.03.2021); *2016 SIAC Kuralları* md.7 hükmü, *ICC 2021 Kuralları* ile benzerlik göstermekle birlikte, davaya dahil etme usulünün belirli yönlerden geniş ele alındığı anlaşılmaktadır. Şöyle ki, davaya dahil etme talebinin yapıldığı aşama fark etmeksizin, talep üzerine, üçüncü kişinin, davanın dayandığı tahkim sözleşmesi ile *prima facie* bağlı olduğu kanaatine varılması durumunda, üçüncü kişinin veya diğer dava tarafının rızası aranmaksızın talep kabul edilecek, üçüncü kişi davaya dahil edilecektir. Ayrıca, dava dışı üçüncü kişinin de, 2021 Kuralları'nın aksine, davaya katılma talebinde bulunabileceği düzenlenmiştir, bkz. 2016 SIAC Arbitration Rules, https://www.siac.org.sg/our-rules/rules/siac-rules-2016 (Erişim Tarihi: 24.03.2021); *2012 SCAI Tahkim Kuralları*'nda da davaya dahil etme usulünün geniş olarak düzenlendiği görülmektedir. Kuralların 4 (2) maddesinde herhangi bir koşula yer verilmeksizin, hakem heyetinin, yargılamanın her aşamasında, davaya katılma taleplerini, tarafları dinleyerek ve davanın koşullarını göz önünde bulundurarak karara bağlayacağı belirtilmiştir, bkz. 2012 Swiss Rules, https://www.swissarbitration.org/files/837/Swiss%20Rules%202019/Web%20versions%202019/Arbitration%20Web%202019/Arbitration/SwissRules2012_English_2019.pdf (Erişim Tarihi: 24.03.2021).

[32] *2021 Kuralları*, md.10 (1)'in İngilizce aslı şu şekildedir: "*The Court may, at the request of a party, consolidate two or more arbitrations pending under the Rules into a single arbitration, where: a) the parties have agreed to consolidation; or b) all of the claims in the arbitrations are made under the same arbitration agreement or agreements; or c) the claims in the arbitrations are not made under the same arbitration agreement or agreements, but the arbitrations are between the same parties, the disputes in the arbitrations arise in connection with the same legal relationship, and the Court finds the arbitration agreements to be compatible.*"

raflarının aynı olması, tahkimlere konu olan uyuşmazlıkların aynı hukuki ilişkiden doğması ve Divan'ın tahkim sözleşmelerini birbiriyle uyumlu bulması. (...)	tahkimlerin taraflarının aynı olması, tahkimlere konu olan uyuşmazlıkların aynı hukuki ilişkiden doğması ve Divan'ın tahkim sözleşmelerini birbiriyle uyumlu bulması. (...)

2021 Kuralları ile getirilen bir diğer değişiklik, davaların birleştirilmesi usulüne (*consolidation*) yöneliktir. Yeni kurallar ile bu usulü düzenleyen md.10'un kapsamı genişletilmiş ve hükmün ifadesi netleştirilmiştir[33].

2017 Kuralları uyarınca Divan, talep üzerine, devam eden birden fazla tahkim davasının birleştirilmesine üç halde karar verebilmektedir[34]: (i) Tarafların birleştirmeyi kabul etmesi, (ii) Tahkimlerdeki taleplerin hepsinin aynı tahkim sözleşmesine dayanması ve (iii) Tahkimlerde ileri sürülen taleplerin birden fazla tahkim sözleşmesine dayanması durumunda, tahkimlerin taraflarının aynı olması, tahkimlere konu olan uyuşmazlıkların aynı hukuki ilişkiden doğması ve Divan'ın tahkim sözleşmelerini birbiriyle uyumlu bulması.

2017 Kuralları uyarınca ilk halde, birleştirilecek tüm tahkim davalarının tarafları arasında davaların birleştirilmesine yönelik bir anlaşma mevcutsa, Divan davaların birleştirilmesine karar verebilir. Davaların birleştirilebileceği ikinci hal, birleştirilmek istenen davaların tarafları farklı olsa bile[35], tüm taleplerin aynı tahkim anlaşmasına dayanmasıdır. Davaların birleştirilebileceği son hal ise, aynı taraflar arasında farklı tahkim anlaşmalarının bulunduğu ancak uyuşmazlıkların aynı hukuki ilişkiden doğduğu durumda söz konusu olabilmektedir. Bu son halde, ek bir şart olarak Divan'ın birleştirilmek istenen davalardaki tahkim anlaşmalarını birbiri ile uyumlu bulması aranmaktadır. Dolayısıyla 2017 Kuralları'nda Divan'ın, farklı tahkim anlaşmalarına dayanan davaları, tarafları aynı olmadıkça veya tüm taraflar kabul etmedikçe birleştirme yetkisi yoktur. Ancak bu hükümlerde geçen "*aynı tah-*

---

33 MENON / TIAN, "Joinder and Consolidation Provisions Under 2021 ICC Arbitration Rules: Enhancing Efficiency and Flexibility for Resolving Complex Disputes"; Davaların birleştirilmesi usulü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. HANOTIAU, ss. 311-360.

34 2017 Kuralları'nda yer alan davaların birleştirilmesi usulüne ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. YEŞİLIRMAK, ss. 57-59.

35 *1998 ICC Tahkim Kuralları*, md.4 (6) uyarınca, birleştirilecek davaların taraflarının mutlaka aynı olması gerekmekteydi. Tarafları farklı olan davaların birleştirilmesi imkânı ilk kez 2012 Kuralları ile mümkün hale gelmiştir. Bu görüş için bkz. MEIER, s. 2225; Ayrıca bkz. VERBIST / SCHÄFER / IMHOOS, ss. 60-63.

kim sözleşmesi" ibaresinin, birden fazla sözleşmede bulunan özdeş tahkim anlaşmalarını kapsayıp kapsamadığı yoruma açık bırakılmıştır. 2021 Kuralları'yla 10. maddenin (b) ve (c) hükümlerine "*sözleşmeler*" ifadesi eklenerek, davaların birleştirilmesi usulünün uygulama alanı netleştirilmiştir. Buna göre artık davaların birleştirilmesi aşağıdaki hallerde mümkündür:

- Tarafların birleştirmeyi kabul etmesi halinde (10/a),
- Tarafların aynı tahkim sözleşmesini veya sözleşmelerini imzalamış olmaları halinde (10/b),
- Tahkim sözleşmelerinin farklı ancak davaların taraflarının ve tahkimin dayandığı hukuki ilişkinin aynı olması ve Divan'ın tahkim sözleşmelerini birbiriyle uyumlu bulması halinde (10/c).

2021 Kuralları md.10 (b) hükmü uyarınca, tahkim anlaşmaları aynıysa, Divan artık tarafları farklı olan ve farklı sözleşmelere dayanan uyuşmazlıkları birleştirebilir. Somutlaştırmak gerekirse, birleştirilmek istenen davaların tarafları aynı tahkim anlaşmalarını içeren birden fazla sözleşmeye taraf oldukları takdirde, iki farklı sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklar tek tahkim davası altında birleştirilebilecektir. Aynı tahkim anlaşmasının varlığına örnek olarak, farklı taraflar arasında imzalanan ve aynı tahkim şartını içeren birbiriyle ilişkili sözleşmelere örnek verilebilir. Bu kapsamda ana sözleşmeden ve alt sözleşmeden doğan tahkim davaları ya da *joint venture*/konsorsiyum sözleşmesinden ve ana sözleşmeden doğan tahkim davaları, eğer söz konusu sözleşmeler özdeş tahkim anlaşmalarını içeriyorsa birleştirilebilir[36]. Kılavuz'da bu konuda şöyle bir örnek verilmiştir[37]: A, B, C ve D hem bir hisse satım sözleşmesine hem de ek olarak bir pay sahipleri sözleşmesine taraftır. A ve D arasında bir tahkim davası görülmekte iken, B ve C arasında da bir diğer tahkim davası görülmektedir. Bu iki davanın birleştirilmesi mümkündür. İşbu değişiklik ışığında, artık birden fazla sözleşmeye dayanan ve birçok tarafı ilgilendiren inşaat, enerji ve birleşme-devralma uyuşmazlıkları, bu sözleşmelerde yer alan tahkim anlaşmaları aynı olduğu takdirde, Divan tarafından birleştirilerek tek bir dava çatısı altında görülebilecektir.

---

[36] EHLE / MOSS, "2021 ICC Arbitration Rules - What the Revised Joinder and Consolidation Rules Mean for Construction Disputes".

[37] *2021 Kılavuzu*, p. 19.

2021 Kuralları ile tahkim davalarının birleştirilmesi usulüne getirilen ikinci değişiklik, md.10 (c) hükmünün ifadesinin netleştirilmesidir. 2021 Kuralları md.10 (c) uyarınca, birleştirilmek istenen tahkim davaları farklı tahkim anlaşmalarına dayanıyor olsa bile, taraflar aynıysa ve tahkim davalarına konu uyuşmazlıklar aynı hukuki ilişkiye dayanıyorsa, Divan'ın da tahkim anlaşmalarını birbiriyle uyumlu bulması halinde davalar birleştirilebilir. Kılavuz'da bu durum için şu örnek verilmiştir[38]: Birinci tahkim davası, A ile B arasındadır ve talepler bir hisse satım sözleşmesine dayanmaktadır. İkinci tahkim davası da yine A ile B arasındadır ancak talepler pay sahipleri sözleşmesine dayanmaktadır. Tahkim anlaşmalarının farklı sözleşmelere dayandığı ancak uyuşmazlıkların aynı hukuki ilişkiden doğduğu bu senaryoda Divan, davaların dayandığı tahkim anlaşmalarını birbiri ile uyumlu bulduğu takdirde bu davaları birleştirebilecektir.

2021 Kuralları md.10 (c) hükmü uyarınca Divan'ın davaları birleştirmeye karar vermesi için uyuşmazlıkların "*aynı hukuki ilişkiden*" doğması gerekmektedir. "*Aynı hukuki ilişki*" kavramından ne anlaşılması gerektiği konusunda takdir yetkisi bulunan Divan, bu kavramı daha çok aynı ticari işlem ya da aynı proje olarak yorumlamaktadır[39].

Yine md.10 (c) hükmü uyarınca davaların birleştirilmesi için Divan'ın tahkim anlaşmalarını birbiriyle "*uyumlu*" bulması gerekmektedir. Fakat tıpkı önceki kurallar gibi, 2021 Kuralları da uyumluluk kavramının sınırlarını belirlememiştir. Uyumluluğun nasıl anlaşılacağı konusunda geniş takdir yetkisi bulunan Divan, salt usuli işlemleri birbiriyle uyumlu bularak davaların birleştirilmesine karar verebilir[40]. Öğretide bu uyumluluğun tespitinde tahkim yerlerinin, hakem heyetinin teşekkül usulünün, hakem sayısının, uygulanacak hukukun, tahkim anlaşmalarının lafzının, tahkim anlaşmalarının taraflarının ve tahkim dilinin esas alınabileceği ifade edilmektedir[41]. Ancak farklı tahkim kurumlarının kurallarına işaret eden tahkim anlaşmalarının birbiriyle uyumlu bulunmayacağı açıktır[42].

---

38 *2021 Kılavuzu*, p. 19.

39 IŞIK Fatih, "Complex (Multi-Party and Multi-Contract) Arbitrations in Articles 7-10 of ICC Arbitration Rules", **Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul**, S. 69, 2020, s. 178.

40 IŞIK, s. 178.

41 PAIR Lara / FRANKENSTEIN Paul, "The New ICC Rule on Consolidation: Progress Or Change?", **Emory International Law Review**, C. 25, S. 3, 2011, ss. 1076-1077.

42 BORN Gary, **International Commercial Arbitration**, Üçüncü Bası, Kluwer Law International, 2021, s. 2780.

2017 Kuralları, taraflar davaların birleştirilmesi konusunda anlaşmadıkça veya birleştirilmek istenen davanın tarafları aynı olmadıkça, farklı anlaşmalardan doğan tahkim davalarının birleştirilmesine müsaade etmemekteydi. Ayrıca bu kurallardaki "*tahkim sözleşmesi*" ibaresinin farklı sözleşmelerde yer alan özdeş tahkim sözleşmelerini kapsayıp kapsamadığı da belirsizdi. 2021 Kuralları bu belirsizliği gidererek ICC Divanı'nın "*aynı tahkim sözleşmelerine*" dayanan davaları, taraflar ve uyuşmazlığın doğduğu sözleşmeler farklı olsa bile, birleştirebileceğini açıkça kabul etmiştir. Bu haliyle birleştirme usulü, özellikle inşaat sözleşmeleri gibi birbiriyle ilişkili sözleşmeler bakımından daha çok uygulanabilir hale getirilmiştir.

2021 Kuralları, paralel yargılamalar sonucu çelişkili kararlar çıkmasını önleyerek daha verimli bir tahkim yargılamasına zemin hazırlamaktadır. Ancak özellikle pek çok tarafın ve sözleşmenin bulunduğu inşaat uyuşmazlıkları dikkate alındığında, birleştirme usulünün uygulama alanının genişletilmesi birtakım riskleri de beraberinde getirmektedir. Bu kapsamda, dava taraflarından birinin birleştirilen davanın tarafları ile belirli bilgilerin paylaşılmaması yönünde meşru bir menfaati olması gibi gizliliğin sağlanamamasına ilişkin riskler; davaların birleştirilmesi üzerine dosyada ele alınmak üzere yeni taleplerin gündeme gelmesi ve bu taleplerin birleştirilen davanın yalnızca bazı taraflarını ilgilendiriyor olması halinde, uyuşmazlığın esastan değerlendirilmesinin hem taraflar hem de hakem heyeti için karmaşık bir hal alması gibi davanın esasına ilişkin riskler; birleşen davada dilekçe teatisinin hangi sırayla gerçekleşeceği ve tüm tarafların beyanlarını sunabileceği şekilde duruşmanın nasıl organize edileceği gibi davanın yürütülmesine ilişkin riskler gündeme gelebilir. Ayrıca birleşen davaların olağan bir yargılamaya kıyasla daha karmaşık olduğu dikkate alındığında, birleştirme usulünün uygulama alanını genişleten 2021 Kuralları'nın, birleşen davaların yürütülmesine ilişkin özel düzenlemeleri içermemesi de tarafların birleştirme halinde usuli sorunlarla ve hak kayıplarıyla karşılaşma ihtimalini arttırmaktadır[43].

[43] Tahkim usulüne aykırılığın bir iptal sebebi olarak kamu düzenine aykırılık teşkil etmesi hakkında bkz. AKINCI, ss. 416-425.

3. Seri Tahkim Usulüne İlişkin Dava Değeri Sınırının Yükseltilmesi

2017 Kuralları	**2021 Kuralları**
Ek VI Madde 1 - Seri Tahkim Kurallarının Uygulanması (...) (2) Kurallar Madde 30(2)(a)'da belirtilen meblağ, 2.000.000 ABD dolarıdır. (...)	Ek VI Madde 1 - Seri Tahkim Kurallarının Uygulanması[44] (...) **(2) Kurallar Madde 30(2)(a)'da belirtilen meblağ,** **(a) Kurallar uyarınca tahkim anlaşması 1 Mart 2017'de veya 1 Mart 2017'den sonra ve 1 Ocak 2021'den önce akdedilmişse 2.000.000 ABD doları,** **(b) Kurallar uyarınca tahkim anlaşması 1 Ocak 2021'de veya 1 Ocak 2021'den sonra akdedilmişse 3.000.000 ABD dolarıdır.** (...)

ICC tarafından ilk kez 2017 değişiklikleri ile tanıtılan ve belirli uyuşmazlıklar bakımından daha seri ve ekonomik bir tahkim prosedürü öngören Seri Tahkim Usulü'nü (*Expedited Procedure*) düzenleyen hükümler 2021 Kuralları kapsamında değişikliğe uğramıştır[45]. Seri Tahkim Usulü'ne ilişkin temel değişiklik, bu usulün kendiliğinden uygulanabilmesi için uyuşmazlığa konu meblağın üst sınırını 2.000.000 ABD doları olarak öngören Ek VI, md.1 (2)'nin değiştirilerek, bu sınırın 3.000.000 ABD dolarına yükseltilmesi ve böylece hükmün uygulama alanının genişletilmesidir. Fakat 2017 Kuralları'nda yer alan Seri Tahkim Usulü'nün uygulamada gündeme getirdiği birtakım endişelerin, 2021 değişiklikleri ile giderilmediği görülmektedir.

2004 yılında İsviçre Uluslararası Tahkim Kuralları ("SCAI Tahkim Kuralları") ile tahkim dünyasına giren ve tanıtıldığı günden beri yüzlerce yargılamada uygulama alanı bulmuş olan Seri Tahkim Usulü, ICC kurallarına geç

---

[44] *2021 Kuralları*, *EK VI*, md.1 (2)'nin İngilizce aslı şu şekildedir: "*The amount referred to in Article 30(2), subparagraph a) of the Rules is: a) US$ 2,000,000 if the arbitration agreement under the Rules was concluded on or after 1 March 2017 and before 1 January 2021 or b) US$ 3,000,000 if the arbitration agreement under the Rules was concluded on or after 1 January 2021*."

[45] ICC Tahkim Kuralları'nda yer alan Seri Tahkim Usulü'ne ilişkin düzenlemelerin incelemesi için bkz. Yeşilırmak, ss. 153-157; Seri tahkim usulü hakkında detaylı bilgi için bkz. LEVY Laurent / POLKINGHORNE Michael, **Expedited Procedures in International Arbitration**, Kluwer Law International, 2017.

de olsa 2017 değişiklikleri ile dahil edilmiştir[46]. ICC tarafından yayınlanan istatistiklere göre, kabul edildiği günden 2019 yılının sonuna dek 140'tan fazla davada uygulanmış bulunan Seri Tahkim Usulü, tarafların özellikle değeri düşük davalarda daha hızlı ve ekonomik karar alma beklentilerine cevap veren önemli bir kurumdur[47]. Nitekim uygulandığı günden bu yana düşük meblağlı uyuşmazlıkların daha hızlı, daha az usuli aşamayla ve daha ucuz bir şekilde çözüme ulaşmasında oldukça başarılı olmuştur[48].

ICC Tahkim Kuralları'nda düzenlenen Seri Tahkim Usulü, belirli bir meblağın altında olan uyuşmazlıkların tek hakem tarafından 6 ay gibi bir sürede çözülmesini öngörmektedir. Buna göre taraflar uyuşmazlığın çözümü konusunda birden fazla hakem üzerinde anlaşmış olsalar bile, dosya tek hakeme tevdi edilmektedir[49]. Tarafların tek hakemin seçimi konusunda anlaşmaya varamaması halinde, tek hakem Divan tarafından atanmaktadır[50]. Dosya kendisine tevdii edilen tek hakem, duruşma yapmadan, sadece dosya üzerinden karar verebilmektedir[51]. Hakem, kararını usule ilişkin ilk toplantıdan itibaren 6 ay gibi kısa bir sürede vermektedir[52].

2017 Kuralları uyarınca Seri Tahkim Usulü,

(i) Tahkim anlaşmasının 1 Mart 2017 tarihinden sonra imzalanmış olduğu[53],

---

46 *2004 SCAI Tahkim Kuralları*, md.42, bkz. 2004 Swiss Rules, https://www.swissarbitration.org/FileDownload/Download/249 (Erişim Tarihi: 24.03.2021).

47 Hızlandırılmış/basitleştirilmiş yargılama usulleri son yıllarda pek çok hukuk sistemine "ölçülülük ilkesinin" bir gereği olarak girmiştir. Medeni yargılamada ölçülülük ilkesinin bir gereği olarak bir uyuşmazlığın çözümü için aşılması gerekli prosedürler ve yargılama giderleri, uyuşmazlığın değeriyle orantılı olmalıdır. Bu konudaki tartışmalar için bkz. ZUCKERMAN Adrian, **Zuckerman on Civil Procedure**, Üçüncü Bası, Sweet & Maxwell, 2013, ss. 12-17.

48 YEŞİLIRMAK, s. 153.

49 *2021 Kuralları, Ek VI*, md.2 (1).

50 *2021 Kuralları, Ek VI*, md.2 (2).

51 *2021 Kuralları, Ek VI*, md.3 (5).

52 *2021 Kuralları, Ek VI*, md.4 (1).

53 2021 ICC Tahkim Kuralları'nın zaman bakımından uygulanmasında genel olarak tahkimin başladığı tarih esas alınırken, Seri Tahkim Usulü'nün otomatik uygulanması bakımından tahkim anlaşmasının akdedildiği tarih esas alınmaktadır. Dolayısıyla aynı anda başlayan iki tahkim yargılamasından biri 1 Mart 2017'den önce akdedildiği için otomatik olarak Seri Tahkim Usulü'ne tabi değilken, 1 Mart 2017 sonrasında akdedilen tahkim anlaşmasına dayalı başlayan yargılama ise şartları varsa kendiliğinden Seri Tahkim Usulü'ne tabi olmaktadır. Ancak ilk örnekte tarafların yargılamaya Seri Tahkim Usulü'nün uygulanması konusunda anlaşmaları halinde (*opt-in*) bu usulün uygulanması mümkündür.

(ii) Uyuşmazlığa konu meblağın 2.000.000 ABD dolarının altında olduğu, ve

(iii) Tarafların Seri Tahkim Usulü'nün uygulanmayacağı hususunda anlaşmadıkları durumlarda kendiliğinden uygulanır.

2021 Kuralları uyarınca Seri Tahkim Usulü,

(i) Tahkim anlaşmasının 1 Mart 2017 tarihinden sonra imzalanmış olduğu,

(ii) Uyuşmazlığa konu meblağın,

a) Tahkim anlaşması 1 Ocak 2021'den önce imzalanmışsa, 2.000.000 ABD dolarının altında olduğu, ve

b) Tahkim anlaşması 1 Ocak 2021'den sonra imzalanmışsa, 3.000.000 ABD dolarının altında olduğu,

(iii) Tarafların Seri Tahkim Usulü'nün uygulanmayacağı hususunda anlaşmadıkları durumlarda kendiliğinden uygulanır.

Dolayısıyla 2021 Kuralları'nın temelde yalnızca 1 Ocak 2021 tarihinden sonra imzalanmış tahkim anlaşmaları bakımından uyuşmazlık değeri üst sınırını yükselterek, Seri Tahkim Usulü'nün kendiliğinden uygulanacağı davaların kapsamını genişlettiği gözlenmektedir. ICC söz konusu üst sınırı yükselterek diğer tahkim merkezlerinin Seri Tahkim Usulü için öngördüğü daha yüksek üst sınırlara yaklaşmıştır. Örneğin *2016 Singapur Uluslararası Tahkim Merkezi* ("SIAC") *Tahkim Kuralları* uyarınca Seri Tahkim Usulü için aranan dava değeri üst sınırı yaklaşık 4.500.000 ABD doları[54], *2018 Hong Kong Milletlerarası Tahkim Merkezi* ("HKIAC") *Tahkim Kuralları* uyarınca da yaklaşık 3.200.000 ABD dolarıdır[55].

Uyuşmazlık değeri üst sınırının yükseltilmesi dışında Seri Tahkim Usulü'nün uygulanmasına ilişkin kurallar esaslı bir değişikliğe uğramamıştır. Bu sebeple aşağıda açıklanacak olan esaslar hem 2017 Kuralları hem 2021 Kuralları bakımından geçerlidir.

Seri Tahkim Usulü'nün uygulanması için gerekli tüm koşullar yerine gelmiş olsa bile, Divan'ın taraflardan birinin talebi üzerine veya re'sen, ta-

---

[54] *2016 SIAC Tahkim Kuralları*, md.5.

[55] 2018 HKIAC Expedited Arbitration Rules, https://www.hkiac.org/arbitration/process/expedited-hkiac-arbitration (Erişim Tarihi: 24.03.2021).

rafların ve hakemlerin görüşlerini de aldıktan sonra bu usulün değil, olağan tahkim usulünün uygulanacağına karar verme yetkisi vardır. Bununla birlikte Seri Tahkim Usulü'nün uygulandığı bir yargılamada, hakem heyetinin teşekkülünden sonraki bir aşamada Divan, gerekli gördüğü takdirde yargılamaya Seri Tahkim Usulü'nün uygulanmayacağına karar verebilir. Divan'a 2017 Kuralları ile bahşedilen bu yetkilerin, 2021 Kuralları ile değişikliğe uğramadığı gözlenmektedir. Dolayısıyla Seri Tahkim Usulü'nün uygulanması bakımından son sözün hala Divan'da olduğunu söylemek mümkündür.

Tarafların Seri Tahkim Usulü'nün uygulanmayacağı konusunda anlaşmaları (*opt-out*) halinde, bu usul uygulanmamaktadır. Fakat böyle bir anlaşmanın tereddütte mahal vermeyecek şekilde açık olması gerekir[56]. Bu kapsamda tarafların uyuşmazlıkların çözümü için 6 aydan farklı bir süre belirlemeleri veya üç hakem üzerinde anlaşmış olmaları, Seri Tahkim Usulü'nün uygulanmayacağına dair bir anlaşma olarak yorumlanmamaktadır[57]. Bununla birlikte, uyuşmazlık konusu meblağa ve tahkim anlaşmasının imzalandığı tarihe bakılmaksızın, tarafların uyuşmazlığın Seri Tahkim Usulü ile çözülmesi hususunda anlaşmaları (*opt-in*) halinde de bu usul uygulanır[58].

ICC Tahkim Kuralları'nın 30. maddesi uyarınca taraflar ICC Tahkim Kuralları'na göre tahkime gitmeyi kabul etmiş ise ve Seri Tahkim Usulü'ne ilişkin kurallar tarafların tahkim anlaşmaları ile çelişiyorsa, Seri Tahkim Usulü kurallarına öncelik verilecektir. Dolayısıyla Seri Tahkim Kuralları'nın uygulanacağı bir uyuşmazlıkta, taraflar uyuşmazlığın birden fazla hakemce çözülmesi hususunda anlaşmış olsalar bile, tahkim yargılamasının tek hakem tarafından yürütülmesi söz konusu olmaktadır. Kılavuz'a göre taraflar uyuşmazlığı ICC Tahkim Kuralları'na tabi kılmışlarsa ve uyuşmazlığa Seri Tahkim Kuralları uygulanacaksa, tahkim anlaşması üç hakemli bir yargılama öngörmüş olsa bile taraflar, Divan'ın tek hakem atama yönünde takdir yetkisi bulunduğunu kabul ederler[59].

Devlet mahkemelerinden farklı olarak tahkimin en önemli prensiplerinden birisi taraf iradelerinin ön planda tutulmasıdır[60]. Taraf iradeleri uyuş-

---

56 *2021 Kılavuzu*, p. 128 (c).

57 *2021 Kılavuzu*, p. 128 (c).

58 Tarafların *opt-in* veya *opt-out* anlaşması yapmaları halinde, bu hususta sözleşmelerine ICC tarafından önerilen model klozu eklemeleri önerilmektedir, bkz. *2021 Kılavuzu*, p. 128-129.

59 *2021 Kılavuzu*, p. 144.

60 Tahkimde taraf iradesinin önemine ilişkin bkz. AKINCI, s. 11.

mazlığın birden fazla hakem tarafından çözülmesi yönünde olmasına rağmen, Seri Tahkim Kuralları uyarınca tek hakem atanmasının bu prensibe ters düştüğü söylenebilir[61]. 2017'de Seri Tahkim Kuralları'nın tanıtılmasından sonra bu konuda ortaya konan eleştiriler karşısında, 2021 Kuralları sessizliğini korumuştur. Üstelik hakem heyetinin taraflarca belirlenen usule göre teşekkül etmemesinin bir tenfiz engeli olduğunu düzenleyen *Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki New York Sözleşmesi*'nin ("New York *Konvansiyonu")*[62] md.5 (1) (d) göz önünde bulundurulduğunda, bahsi geçen düzenlemeler kararın icra edilebilirliği noktasında sorun yaratacak niteliktedir[63].

Bu noktada Şangay Mahkemesi'nin hakem heyetinin taraf iradelerinden farklı teşekkül etmesinin tenfiz engeli olduğuna kanaat getirdiği *Noble Resources*[64] kararı önem arz eder. Davaya konu ilgili tahkim anlaşmasında taraflar, uyuşmazlığın Singapur'da, tahkimin başladığı sırada yürürlükte bulunan SIAC Tahkim Kuralları'na göre ve üç hakemden oluşan bir hakem heyeti tarafından çözüleceğini kararlaştırmıştır. *Noble Resources*, *Good Credit* aleyhine tahkim davası başlattığı sırada, tarafların akdettiği tahkim anlaşmasına bakılmaksızın uyuşmazlığın tek hakem tarafından Seri Tahkim Usulü'ne göre çözümünü talep etmiştir. *Good Credit* bu talebe karşı çıkaracak uyuşmazlığın tahkim anlaşmasında kararlaştırıldığı üzere üç hakemden oluşan bir heyet tarafından çözülmesi hususunda ısrar etmiştir. Ancak SIAC, *Noble Resources*'in Seri Tahkim Usulü talebini kabul ederek tek hakem atanmasına karar vermiştir. Hakem kararının tenfizi için kendisine başvuru-

---

61 MARCHISIO Giacomo, "Procedural Reforms at the Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce: How to Ensure That Party Autonomy Will Continue Serving as a Legitimization Tool", **Legitimacy of Unseen Actors in International Adjudication**, Cambridge University Press, 2019, s. 247.

62 Bkz. Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki New York Sözleşmesi, http://tahkim.barobirlik.org.tr/dokuman/newyorksozlesmesi.pdf (Erişim Tarihi: 24.03.2021); ICC hakem kararlarının Türkiye'de tanınması ve tenfizine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. EKŞİ Nuray, "Yargıtay Kararları Işığında ICC Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi", **Ankara Barosu Dergisi**, C. 67, S. 1, 2009, ss. 54-74.

63 *New York Konvansiyonu*, md.5 (1) (d): "*Aleyhine hakem kararı ileri sürülen taraf talepte bulunmaz ve zikri geçen kararın tanınması ve icrası istenen memleketin yetkili makamı önünde aşağıdaki hususları ispat etmez ise, hakem kararının tanınması ve icrası isteği reddolunamaz: (...) (d) Hakem mahkemesinin teşekkülünün veya hakemlik usulünün tarafların anlaşmasına ve anlaşma olmayan hallerde hakemliğin cereyan ettiği yer kanunu hükümlerine uygun bulunmadığı (...)*"

64 *Noble Resources International Pte. Ltd v. Shanghai Good Credit International Trade Co., Ltd.* (2016) Hu 01 Xie Wai Ren No. 1, the Shanghai No.1 Intermediate People's Court, 11 August 2017.

lan Şangay Mahkemesi ise tenfiz talebini reddetmiştir. Şangay Mahkemesi yargılamanın Seri Tahkim Usulü'ne göre yürütülmesini kararın tenfizi açısından sakıncalı bulmamıştır. Fakat Mahkeme, hakem heyetinin teşekkülünün tarafların açıkça üç hakem üzerinde anlaştıkları tahkim anlaşmalarına uygun olmamasının New York Konvansiyonu'nun 5 (1) (d) maddesine aykırı olduğuna ve bu sebeple tenfiz talebinin reddedilmesi gerektiğine karar vermiştir. Böylece Şangay Mahkemesi taraf iradelerinin, Divan'ın iradesinden üstün tutulması gerektiği sonucuna ulaşmıştır[65].

Hakem heyetinin tarafların belirlediği usule uygun şekilde teşekkül etmemesinin tenfizin reddine sıklıkla gerekçe olmadığı belirtilse de[66] *Noble Resources* kararı, taraf iradelerinin aksine tek hakem atamanın kararın tenfizi aşamasında sorun yaratabileceğine ilişkin güncel bir örnektir. Özellikle tahkim anlaşmasının açıkça üç hakem öngördüğü veya taraflardan birinin tek hakem atanmasına itiraz ettiği hallerde, Divan'ın yine de tek hakem atama yönünde takdir yetkisini kullanması halinde benzer sonuçlar doğması muhtemeldir. Bu ihtimale rağmen Divan'a taraf iradelerinin üzerinde takdir yetkisi tanıyan ICC Seri Tahkim Kuralları, 2021 değişiklikleri esnasında aynen muhafaza edilmiştir.

Seri Tahkim Usulü'nü ihtiva eden SCAI Tahkim Kuralları incelendiğinde ise, kuralların katı bir biçimde yargılamanın tek hakem tarafından yürütüleceğini öngörmediği gözlenmektedir[67]. Aksine, SCAI Tahkim Kuralları tarafların üç hakemde anlaşmış olmaları ihtimalinde Sekretarya'nın tarafları tek hakem konusunda anlaşmaya davet edeceğini, ancak taraflar anlaşamadıkları takdirde yargılamanın üç hakemle yürütüleceğini düzenlemektedir[68]. Taraf iradelerine öncelik veren böyle bir düzenlemenin, mevcut ICC Seri Tahkim Kuralları ile karşılaştırıldığında tahkimin genel prensiplerine daha uygun olduğunu ve hakem kararının tenfizi noktasında sorun yaratmayacağını söylemek mümkündür.

2017 Kuralları ile uygulanmaya başlayan Seri Tahkim Usulü'nde Seri Tahkim Kuralları'nın taraf iradelerinin üstünde tutulmasının ve tek hakem atanması noktasında taraf iradelerine rağmen son sözün Divan'da olmasının yaratabileceği sorunlar karşısında, 2021 Kuralları temelde yalnızca uyuş-

---

65 MARCHISIO, s. 246.

66 BORN, s. 3914.

67 *2012 SCAI Tahkim Kuralları*, md.42.

68 *2012 SCAI Tahkim Kuralları*, md.42 (2).

mazlık değeri üst sınırını yükseltmiştir. Bu sınırın yükseltilmesi Seri Tahkim Usulü'nün uygulama alanını genişletecek olsa da 2021 ICC Seri Tahkim Kuralları, taraf iradelerinin *prima facie* üç hakem atamak yönünde olduğu ya da en azından taraflardan en az birinin tek hakem atanmasına itiraz ettiği hallerde nasıl bir yol izleneceği konusunda açık değildir. Özellikle *Noble* kararı dikkate alındığında, 2021 Kuralları'nın, tenfiz aşamasında pürüz yaratabilecek Seri Tahkim Kuralları'nı değiştirmemesi ve kararın tenfizi aşamasında karşılaşılabilecek endişeleri gidermemesi eleştiriye açıktır.

II. 2021 ICC TAHKİM KURALLARI'NIN GETİRDİĞİ YENİLİKLER

2021 Kuralları, ICC tahkimi bakımından pek çok yenilik getirmektedir. Bu kapsamda duruşmaların uzaktan yapılabilmesi, belgelerin elektronik ortamda sunulabilmesi, yatırım anlaşmalarından doğan uyuşmazlıklar bakımından hakemlerin farklı milliyetten olması gerekliliği ve acil durum hakemliğinin bu uyuşmazlıklar bakımından uygulanamaması, tarafların üçüncü kişi finansmanını bildirmekle yükümlü kılınması, taraf temsilciliğine ilişkin hakem heyetine ve hakem atama usulüne ilişkin Divan'a birtakım yeni yetkiler tanınması gibi pek çok düzenleme ICC tahkimi bakımından yenilik arz etmektedir. 2021 Kuralları ile Divan'ın işleyişine ilişkin mevcut uygulamayı ilk kez düzenleyen hükümler de getirilmektedir.

1. Duruşmaların Uzaktan Yapılabilmesi

2017 Kuralları	**2021 Kuralları**
Madde 26 - Duruşmalar (1) Hakem kurulu, duruşma yapılacağı zaman, önceden makul bir bildirimde bulunarak tarafları belirlediği gün ve yerde huzuruna çağırır. (...)	Madde 26 - Duruşmalar[69] (1) **Taraflardan herhangi birinin talebi üzerine hakem kurulu, tarafları dinler, eğer böyle bir talep gelmezse tarafları dinlemeye kendiliğinden karar verebilir**. Hakem kurulu, duruşma yapılacağı zaman, önceden makul bir bildirimde bulunarak tarafları belirlediği gün ve yerde huzuruna çağırır. **Hakem kurulu, taraf-**

[69] *2021 Kuralları*, md.26 (1)'in İngilizce aslı şu şekildedir: "*A hearing shall be held if any of the parties so requests or, failing such a request, if the arbitral tribunal on its own motion decides to hear the parties. When a hearing is to be held, the arbitral tribunal, giving reasonable notice, shall summon the parties to appear before it on the day and at the place fixed by it. The arbitral tribunal may decide, after consulting the parties, and on the basis of the relevant facts and circumstances of the case, that any hearing will be conducted by physical attendance or remotely by videoconference, telephone or other appropriate means of communication.*"

	lara danıştıktan sonra ve davanın ilgili hususlarını ve şartlarını göz önünde bulundurarak, herhangi bir duruşmanın fiziki katılımla veya video konferans, telefon veya diğer elverişli iletişim araçları yoluyla uzaktan yapılmasına karar verebilir. (...)

Duruşmalar, devlet mahkemesi nezdinde görülen yargılamalarda olduğu gibi tahkim yargılamasının da önemli bir safhasını oluşturmakta ve tarafların hukuki dinlenme hakkı açısından büyük önem taşımaktadır[70]. 2017 Kuralları'nda duruşmalara ilişkin genel düzenleme md.26'da yer almaktadır. Hakemlerin duruşmada tarafları ne şekilde dinleyeceği ise md.25 (2)'de ele alınmıştır. Bu hükme göre, yargılamanın yazılı aşamasını müteakiben, hakem heyeti talep üzerine veya re'sen bir duruşma açarak tarafları şahsen (*in person*) ve birlikte dinleyecektir[71]. 2017 Kuralları kapsamında dava yönetimi tekniklerini düzenleyen EK IV'ün (f) hükmünde[72] ise hakem heyetine, şahsen katılımın önemli olmadığı duruşmaları, telefon veya video-konferans yöntemleriyle yapma yetkisinin tanındığı görülmektedir[73]. Benzer şekilde, "*Tahkim Yargılamasında Zaman ve Masrafların Kontrolüne İlişkin ICC Komisyon Raporu*"nda da hakem heyetinin bilhassa usuli uyuşmazlıklara ilişkin duruşmaları sanal ortamda yapabileceği, esasa ilişkin duruşmalarda da belirli bazı tanıkların ifadelerine çevrimiçi iletişim yöntemleriyle başvurulabileceği belirtilmiştir[74]. Bahsi geçen hükümler, 2017 Kuralları md.25 (2)'nin duruşmaların "*şahsen*" görüleceğine ilişkin ifadesi karşısında hakem heyetinin sanal ortamda duruşma düzenleyebilmesi konusunda bir belirsizlik

---

70 AKINCI, ss. 283-284; YEŞİLIRMAK, s. 108.

71 *2017 Kuralları*, md.25 (2)'nin İngilizce aslı şu şekildedir: "*After studying the written submissions of the parties and all documents relied upon, the arbitral tribunal shall hear the parties together in person if any of them so requests or, failing such a request, it may of its own motion decide to hear them.*"; YEŞİLIRMAK, ss. 108-109.

72 *2017 Kuralları*, *Ek IV*: "*Aşağıda bulunan* örnekler*, süre ve masraf kontrolü amacıyla hakem kurulu ve taraflar için hazırlanmış dava yönetim tekniği örnekleridir. (...) f) Bizzat katılımın önemli olmadığı usuli ve diğer duruşmalar için telefon ve video konferans kullanılması (...)*"

73 Bu çerçevede, 2011 yılında ICC Kuralları uyarınca görülen bir tahkim davasında görev alan tek hakemin, taraflara danıştıktan sonra, yargılamanın verimliliğini sağlamak adına duruşmaların çevrimiçi ortamda yapılacağına karar verdiği ifade edilmektedir (FRY / GREENBERG / MAZZA, s. 280).

74 ICC Commission Report on Controlling Time and Costs in Arbitration, p. 71 https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2018/03/icc-arbitration-commission-report-on-techniques-for-controlling-time-and-costs-in-arbitration-english-version.pdf (Erişim Tarihi: 24.03.2021).

yaratmaktadır. Ayrıca md.25 (2)'nin İngilizce versiyonu, duruşmaların "*şahsen*" (*in person*) yapılması gerekliliğine ilişkin bir ifade bulunduruyorken; aynı kuralların Almanca ve Fransızca çevirilerinde bu yönde bir ifade bulunmaksızın, tarafların yalnızca sözlü olarak dinleneceği düzenlenmiştir[75]. Dolayısıyla her ne kadar 2017 Kuralları EK IV'ün (f) hükmü ile *Tahkim Yargılamasında Zaman ve Masrafların Kontrolüne İlişkin ICC Komisyon Raporu* hakem heyetinin sanal duruşma yapma yetkisinin bulunduğu şeklinde yorumlanabilirse de[76], md.25 (2)'nin lafzı ve 2017 Kuralları'nın farklı dillerdeki versiyonlarında yer alan farklı ifadeler karşısında, hakem heyetinin video-konferans, telefon gibi iletişim araçlarıyla sanal duruşma yapma yetkisi 2017 Kuralları bakımından net değildir[77].

2017 Kuralları md.25 (2)'nin çevrimiçi duruşmaları da kapsadığı ilk defa Nisan 2020'de yayınlanan "*COVID-19'un Etkilerinin Azaltılmasına Yönelik Muhtemel Tedbirlere İlişkin ICC Rehberi*"[78] ("COVID-19 Notu") başlıklı not aracılığıyla açıkça ifade edilmiştir[79]. Akabinde 2021 Kuralları ile bu hükmün tartışmaya yol açan ifadesi metinden çıkartılmış, hükmün geriye kalan kısmı ise md.26 (1)'e dercedilmiştir. Böylelikle hakem heyetinin duruşmayı şahsen yapma zorunluluğunun bulunmadığı belirtilmiştir. Ayrıca Kılavuz'da, hakem heyetinin taraflardan birinin talebi üzerine duruşma yapma zorunluluğunun mutlak olarak algılanmaması gerektiği, talep üzerine hakem heyetinin en azından bir duruşma yapmasının yeterli olacağı ve bu duruşmada davaya konu edilen her uyuşmazlık noktasının tartışılmasının zorunlu olmadığı ifade edilmiştir[80]. Dolayısıyla 2021 Kuralları ile tarafların hukuki dinlenilme hakkı md.26'da garanti altına alınırken, bir yandan da bu hakkın taraflarca suistimal edilerek yargılamanın sürüncemede bırakılması ihtimaline karşı önlem alınmıştır.

---

75 SCHERER Maxi, "Remote Hearings in International Arbitration: An Analytical Framework", **Journal of International Arbitration** (ed. Maxi Scherer), Kluwer Law International, 2020, C. 37, S. 4, ss. 417-418.

76 FRY / GREENBERG / MAZZA, s. 278 ve 280.

77 SCHERER, ss. 417-418; DODGE Kirstin, "Chapter 17, Part II: Commentary on the ICC Rules, Article 25 [Establishing the facts of the case]", **Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide** (ed. Manuel Arroyo), İkinci Bası, Kluwer Law International, 2018, s. 2353.

78 ICC Guidance Note on Possible Measures Aimed at Mitigating the Effects of the COVID-19 Pandemic, https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/04/guidance-note-possible-measures-mitigating-effects-covid-19-english.pdf (Erişim Tarihi: 24.03.2021).

79 *COVID-19 Notu*, p. 23.

80 *2021 Kılavuzu*, p. 96.

2021 Kuralları şahsen duruşmanın zorunlu olmadığını düzenlemekle beraber, md.26 (1)'de ayrıca hakem heyetinin sanal duruşma yapma yetkisini de açıkça düzenlemiştir[81]. Duruşmaların nasıl yürütüleceğine ilişkin belirsizliğe son veren böyle bir düzenlemenin getirilmesinde, duruşmaların sanal ortamda yürütülmesinin birtakım davalara konu edilmesinin etkisi de olduğu söylenebilir[82]. Böylelikle ICC'nin, COVID-19 Notu ile teşvik ettiği sanal duruşma yöntemi, 2021 Kuralları ile istisnai bir seçenek olmaktan çıkmış, yargılamanın şahsen yapılmasına eşdeğer bir seçenek olarak yerini almıştır.

2021 Kuralları md.26 (1) Kılavuz'da da etraflıca ele alınmıştır. Kılavuz'da hakemlere ve taraflara, bilhassa dava yönetimi toplantılarının (*case management conference*), Seri Tahkim Kuralları'nın uygulandığı davalarda yapılacak duruşmaların, acil durum hakeminin yapacağı duruşmaların ve asılsız taleplerin hızlandırılmış yargılama yoluyla reddi taleplerinde (*dispositive motion*) yapılacak duruşmaların çevrimiçi ortamda yapılması tavsiye edilmiştir[83]. Hakemlerin uzaktan duruşmaya karar verirken duruşmanın yapısı, muhtemel seyahat sınırlamaları, duruşmanın planlanan uzunluğu, katılımcıların ve çapraz sorgusu yapılacak tanıkların sayısı, davanın büyüklüğü ve karmaşıklığı, tarafların duruşma için hazırlanma ihtiyacı, sanal duruşmanın masraf ve avantajları, duruşmanın ileri bir tarihe ertelenmesinin doğuracağı gecikme dahil olmak üzere diğer tüm hususları değerlendirmesi gerektiği ifade edilmiştir[84]. Bunun yanı sıra, tarafların sanal duruşma yapılması konusunda bir anlaşması olmadığı veya bir tarafın bu konuda bir itirazı olduğu hallerde, hakem heyetinin sanal duruşma yapmaya karar verirken bu kararını gerekçelendirmesi ve dava sonunda verilecek hakem kararının icra

---

81 Benzer şekilde, *2020 LCIA Tahkim Kuralları*, md.19'da hakem heyetinin duruşmanın yapılma şekline ilişkin takdir yetkisinin olduğu ifade edilmiştir.

82 Örneğin *Viyana Uluslararası Tahkim Merkezi* ("VIAC") Kuralları uyarınca görülen bir tahkim davasında hakemlerin davalının itirazına rağmen çevrimiçi duruşma yapılmasına karar vermesi üzerine davalı, VIAC Divanı'ndan hakem heyetinin reddini istemiştir. Bu talebin geri çevrilmesi üzerine davalı, hakem heyetinin reddi için Avusturya Federal Mahkemesi'ne başvurmuş, fakat bu başvuru da yerinde görülmemiştir. Böylelikle Avusturya Federal Mahkemesi, hakemlerin çevrimiçi duruşma yapmaya karar verme yetkisi olduğuna hükmetmiştir. Kararın detaylı incelemesi için bkz. SCHERER Maxi / SCHWARZ Franz / ORTNER Helmut / JENSEN Ole, "In a 'First' Worldwide, Austrian Supreme Court Confirms Arbitral Tribunal's Power to Hold Remote Hearings Over One Party's Objection and Rejects Due Process Concerns", Kluwer Arbitration Blog, http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/10/24/in-a-first-worldwide-austrian-supreme-court-confirms-arbitral-tribunals-power-to-hold-remote-hearings-over-one-partys-objection-and-rejects-due-process-concerns/ (Erişim Tarihi: 24.03.2021).

83 *2021 Kılavuzu*, p. 98.

84 *2021 Kılavuzu*, p. 99.

edilebilir olup olmayacağını da değerlendirmesi gerektiğine yer verilmiştir[85]. Ayrıca, tahkim usulünün gizliliği prensibinden[86] ödün vermemek ve kişisel veri düzenlemelerine uymak adına, tarafların hakemlerle birlikte bir siber protokol[87] imzalayabilecekleri hatırlatılmıştır[88]. Son olarak, tarafların eşitliği ilkesine riayet etmek adına, hakem heyetinin sanal duruşma saatini belirlerken tarafların bulunduğu zaman dilimlerini dikkate alması, duruşma seanslarını ve molaları belirlemesi, katılımcıların sayısını, katılacakları yerleri ve aynı yerden birlikte katılım gösterip gösteremeyeceklerine ilişkin belirlemeleri yapması tavsiye edilmiştir[89]. Ayrıca hakem heyetine, duruşmaların kaydedilmesi ve tercüme edilmesi gibi hizmetlerden yararlanması, duruşmaya katılan kimselerin hazır olup olmadığını ve bu kişilerin kimliklerini tespit etmesi, tanık ifadelerinin gerçeği yansıttığından emin olması, duruşma esnasında görüntülü iletişim araçlarından faydalanması ve tarafların elektronik ortamda erişebileceği bir duruşma dosyası (*hearing bundle*) kullanmalarını salık vermeleri önerilmiştir[90].

Sonuç olarak 2021 Kuralları ile, tahkim sürecinin can alıcı aşamalarından olan duruşma safhasının düzenlendiği hükümler eskisine kıyasla netleştirilmiş ve kuralların önceki versiyonlarında bulunan sanal ortamda duruşmalara ilişkin belirsizlikler giderilmiştir. Bu doğrultuda Kılavuz'da detaylı ve yol gösterici açıklamalara ve tavsiyelere yer verilmesi de duruşma esnasında ortaya çıkabilecek hukuki dinlenilme hakkı ihlallerinin önüne geçmeyi ve hakem kararlarının geçerliliğini temin etmeyi hedeflemektedir.

---

85 *2021 Kılavuzu*, p. 100.

86 Tahkim usulünün gizliliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. YASAN Candan, "Milletlerarası Tahkimde Gizlilik", **Prof. Dr. Atâ Sakmar'a Armağan**, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 1, 2011, ss. 777-806.

87 ICC'nin bu ve çevrimiçi duruşmalara ilişkin diğer konular için hazırlamış olduğu dikkat edilecekler listesi (*checklist*) için bkz. ICC Checklist for a Protocol on Virtual Hearings and Suggested Clauses for Cyber-Protocols and Procedural Orders Dealing with the Organisation of Virtual Hearings, https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/12/icc-checklist-cyber-protocol-and-clauses-orders-virtual-hearings-english.pdf (Erişim Tarihi: 24.03.2021).

88 *2021 Kılavuzu*, p. 101.

89 *2021 Kılavuzu*, p. 102.

90 *2021 Kılavuzu*, p. 102.

2. Belgelerin Elektronik Ortamda Sunulabilmesi

2017 Kuralları	**2021 Kuralları**
Madde 3 - Yazılı Tebligat veya Yazışmalar; Süreler	Madde 3 - Yazılı Tebligat veya Yazışmalar; Süreler[91]
(1) Tarafların sundukları bütün dilekçeler, yazışmalar ve ekleri, taraflardan her biri için birer nüsha, her bir hakem için bir nüsha ve bir nüsha da Sekretarya'ya verilecek sayıda olmalıdır. Hakem kurulu tarafından taraflara gönderilen her tebligat veya yazışmanın bir örneği Sekretarya'ya gönderilir.	(1) **Madde 4(4)(b) ve 5(3) hükümleri saklı kalmak kaydıyla**, tarafların sundukları bütün dilekçeler, yazışmalar ve ekleri, **taraflardan her birine, her bir hakeme ve Sekretarya'ya gönderilir**. Hakem kurulu tarafından taraflara gönderilen her tebligat veya yazışma Sekretarya'ya da gönderilir.
(...)	(...)

Üst başlıkta ele alınan duruşma usulünün yanı sıra, tahkim yargılamasının bir diğer önemli safhası ise yazılı aşamadır. Tahkim yargılaması genellikle bir tahkim talebi ve buna verilecek bir cevap ve varsa, karşı davanın ileri sürülmesi ile başlar; hakem heyetinin kurulmasını müteakip dava, cevap, replik ve düplik dilekçelerinin sunulması ile devam eder.

2017 Kuralları uyarınca tahkim yargılamasında dilekçe teatisinin ve diğer yazışmaların hangi yolla yapılacağı md.3'te düzenlenmiştir[92]. Bu hüküm uyarınca, tahkim talebi ve tahkim talebine cevap dahil olmak üzere, yargılama esnasında tarafların sunacakları bütün dilekçelerin dava taraflarına, hakemlere ve Sekretarya'ya birer nüsha olarak gönderileceği düzenlenmiştir[93]. Bunun yanı sıra hakem heyeti ve Sekretarya tarafından yapılacak yazışmaların alındı karşılığı elden teslim, taahhütlü posta, kurye servisi, e-posta veya gönderildiğine dair bir kayıt verebilen diğer iletişim araçlarıyla yapılabileceği düzenlenmiştir[94]. Buna karşılık tarafların hakem heyeti ve Sekretarya'ya iletecekleri dilekçe ve yazışmaların hangi yöntemle gönderileceği düzenlenmemiştir.

---

[91] *2021 Kuralları*, md.3 (1)'in İngilizce aslı şu şekildedir: "*Save as otherwise provided in Articles 4(4)(b) and 5(3), all pleadings and other written communications submitted by any party, as well as all documents annexed thereto, shall be sent to each party, each arbitrator, and the Secretariat. Any notification or communication from the arbitral tribunal to the parties shall also be sent in copy to the Secretariat.*"

[92] *2017 Kuralları*, md.3 (1-2).

[93] YEŞİLIRMAK, ss. 37-38.

[94] *2017 Kuralları*, md.3(2).

Uygulamada, 2017 Kuralları md.3'te düzenlenen, taraf dilekçelerinin basılı nüsha olarak gönderilmesi zorunluluğunun tahkim talebi ve tahkim talebine cevap dilekçelerinde söz konusu olduğu, bu dilekçelerin sunumundan sonra ise tarafların hakem heyeti ile görev belgesinde kararlaştırdıkları usul doğrultusunda dilekçe teatisini ve yazışmalarını devam ettirdikleri görülmektedir[95].

Nitekim 2017 Kuralları'nın yürürlükte bulunduğu dönemde, COVID-19 pandemisinin getirdiği iletişim zorlukları dikkate alınarak, COVID-19 Notu'nda dilekçe ve diğer yazışmaların elektronik ortamda teati edilmesi hususu ele alınmıştır. Bu notta, Sekretarya'ya sunulacak yeni tahkim taleplerinin elektronik formda sunulması[96], derdest davalarda ise taraflar ve hakemler ile Sekretarya arasında gerçekleşecek yazışmaların elektronik yollarla yapılması gerekliliği ifade edilmiştir[97]. Ayrıca hakem heyetlerinin, tarafları dilekçe teatisinin elektronik yollarla gerçekleşmesi konusunda teşvik etmesi istenmiştir[98].

COVID-19 pandemisi ile alınan bu tedbirler, 2021 Kuralları ile norm halini almıştır. Bu doğrultuda artık tahkim yargılamasında sunulacak tüm dilekçelerin ve yapılacak tüm yazışmaların elektronik yollarla ibraz edilmesi kural haline getirilmiştir. Bu kuralın istisnasını ise tarafların basılı bir kopya sunmayı talep ettiği haller teşkil etmektedir. Şöyle ki, tahkim talebi ve tahkime cevap dilekçesi sunan tarafın, bu dilekçesini "*elden teslim, taahhütlü posta veya kurye*" yoluyla teslim etmeyi talep etmesi durumunda, bu dilekçelerin "*her bir taraf, her bir hakem ve Sekretarya için yeterli sayıda kopya olarak sunulacağı*" düzenlenmiştir[99]. Dolayısıyla fiziki kopya ile sunumun tamamen ortadan kalkmadığı ancak taraflardan birinin talep etmesi halinde söz konusu olacağı düzenlenmiştir.

Görüldüğü üzere, dilekçelerin fiziki olarak sunulacağı haller yalnızca tahkim talebi ve tahkime cevap gibi tahkim yargılamasındaki ilk dilekçeler ile sınırlandırılmıştır. Bunun arkasında yatan sebebin, bilhassa davacının, tahkim talebinin davalı tarafa fiziken tebliğ edilmesini özellikle talep ettiği hallerde bu talebin karşılanarak, davalının kendisine yöneltilen tahkim davasından haberdar edilmesini somut delillerle garanti altına almak olduğu söylenebilir. Böylece yargılama sonunda elde edilecek hakem kararının, davanın usulüne uygun bildirilmemesi sebebiyle UNCITRAL Model Kanun

---

95 SCHNYDER, s. 2169.

96 *COVID-19 Notu*, p. 11.

97 *COVID-19 Notu*, p. 13.

98 *COVID-19 Notu*, p. 13.

99 *2021 Kuralları*, md.4 (4) (b) ve md.5 (3).

md.34 (2) (a) (ii)[100] gibi hükümleri barındıran tahkim yeri kanunlarına göre iptal edilmesi veya New York Konvansiyonu md.V (1) (b)[101] doğrultusunda tenfizinin engellenmesi önlenebilecektir.

Bununla birlikte, getirilen bir diğer düzenleme Sekretarya'nın da taraflar ve hakemlerle olan iletişimini, hal ve koşullar aksini gerektirmedikçe, e-posta yoluyla gerçekleştireceği hususudur[102]. Tüm bu yeni düzenlemeler ışığında tahkim yargılamalarında artık elektronik ortamda belge sunumunun kural; fiziki belge sunumunun ise istisna haline geldiğini söylemek mümkündür.

Ayrıca ICC'nin, dilekçelerin elektronik araçlarla teatisi ile dava tarafları arasındaki iletişimi kolaylaştırmak ve güvenli bir elektronik ortam sunmak adına, yakın zamanda bir yazılımı kullanıma açacağı ifade edilmiştir[103].

Sonuç olarak 2017 Kuralları'na kıyasla, 2021 Kuralları'nın tahkim davalarına hem hız ve verimlilik kazandıracak hem de tahkim yargılaması sırasında oluşan karbon ayak izini önemli ölçüde azaltacak bir yenilik getirdiği söylenebilir[104].

---

[100] *UNCITRAL Model Kanun*, md.34 (2) (a) (ii): "*Bir hakem kararı Madde 6'da belirtilen mahkeme tarafından yalnızca şu hallerde iptal edilebilir: (...) (a) Başvuran taraf şu hususlardan birini ispatladığı takdirde: (...) (iv) başvuran taraf bir hakemin atanmasından veya tahkim yargılamasından usulüne uygun bir biçimde haberdar edilmemişse veya başka bir şekilde davasını ileri sürememişse (...).*" (Serbest çeviri usulü ile yazar tarafından çevrilmiştir), bkz. UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/06-54671_ebook.pdf (Erişim Tarihi: 25.03.2021).

[101] *New York Konvansiyonu*, md.V (1) (b): "*Aleyhine hakem kararı ileri sürülen taraf talepte bulunmaz ve zikri geçen kararın tanınması ve icrası istenen memleketin yetkili makamı önünde aşağıdaki hususları ispat etmez ise, hakem kararının tanınması ve icrası isteği reddolunamaz: (...) (b) Aleyhine hakem hükmü öne sürülen tarafın hakemin tayininden veya hakemlik prosedüründen usulü dairesinde haberdar edilmemiş olduğu yahut da diğer bir sebep yüzünden iddia ve müdafâa vasıtalarını ikame etmek, imkânını elde edememiş bulunduğu*"

[102] *2021 Kılavuzu*, p. 11.

[103] Bkz. Message from the President ("ICC Divan Başkanı'nın Mesajı"), https://library.iccwbo.org/content/dr/BULLETINS/Bull_0080_MESSAGE.htm?l1=Bulletins&l2=ICC+Dispute+Resolution+Bulletin+2020+No.+3 (Erişim Tarihi: 25.03.2021); Nitekim yakın geçmişe bakıldığında ICC'nin bu yönteme yabancı olmadığı görülecektir. ICC, NetCase isimli yazılımını 2005'te kullanıma açmış ve pek çok dava bu yazılım aracılığıyla elektronik ortamda ilerlemiştir. Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Information Technology in International Arbitration-Report of the ICC Commission on Arbitration and ADR, s. 2, https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/03/icc-information-technology-in-international-arbitration-icc-arbitration-adr-commission.pdf (Erişim Tarihi: 25.03.2021).

[104] Belirtilmelidir ki ICC'nin bu uygulaması, 2019 yılında "*Daha Yeşil Tahkim Kampanyası*" (*Campaign for Greener Arbitrations*) adıyla başlatılan ve tahkim davaları esnasındaki karbon salınımının en aza indirilmesini hedefleyen girişim ile uyumluluk göstermektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Campaign for Greener Arbitrations, www.greenerarbitrations.com/ (Erişim Tarihi: 25.03.2021).

3. Yatırım Anlaşmalarından Doğan Tahkim Davalarında Hakemlerin Taraflardan Farklı Bir Milliyetten Olması Gerekliliği

Yatırım anlaşmalarından (*investment treaty*) kaynaklanan davaların büyük bir kısmı *Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Merkezi* ("ICSID") nezdinde veya *Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu* ("UNCITRAL") *Tahkim Kuralları*'na göre *ad hoc* olarak devam etmektedir[105]. İlk yatırım tahkimi davasını kaydettiği 1993'ten bugüne ICC ise 42 yatırım tahkimi davasına ev sahipliği yapmıştır[106]. Bunun yanı sıra ICC bünyesinde 2017 yılında[107] dört, 2018[108] ve 2019'da[109] ise ikişer yeni yatırım tahkimi davası kaydedilmiştir. ICC'nin yayınladığı bir istatistiğe göre, 2019 yılında ICC'nin kaydettiği davaların %20'sinin tarafı devlet veya devlet kurumudur ve bu rakam son beş yılda devlet ve devlet kurumlarının dahil olduğu tahkim davası sayılarında %67'lik bir artışa işaret etmektedir[110]. Bu veriler ışığında, devletlerin dahil olduğu uyuşmazlıkların çözümünde ICC'nin payının gün geçtikçe büyüdüğü anlaşılmaktadır. Bu büyümeye cevap olarak ICC, 2021 Kuralları'nda yatırım anlaşmalarından doğan uyuşmazlıkların çözümüne yönelik md.13 ve md.29'da güncellemeler yaparak, tahkim kurallarını bu tür davaların yapısı ile uyumlu hale getirmiştir[111].

---

[105] Bkz. Investment Dispute Settlement Navigator, https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement (Erişim Tarihi: 25.03.2021).

[106] 2019 ICC Dispute Resolution Statistics, s. 11.

[107] 2017 ICC Dispute Resolution Statistics, s. 56, https://library.iccwbo.org/content/dr/pdfs/2017-icc-dispute-resolution-statistics.pdf (25.03.2021).

[108] 2018 ICC Dispute Resolution Statistics, s. 10, https://library.iccwbo.org/content/dr/pdfs/2018 statistics_iccdisputeresolution_898.pdf (Erişim Tarihi: 25.03.2021).

[109] 2019 ICC Dispute Resolution Statistics, s. 11.

[110] 2019 ICC Dispute Resolution Statistics, s. 10.

[111] *2021 Kuralları*, md.29 için bkz. II. 4: "Yatırım Anlaşmalarından Doğan Tahkim Davalarında Acil Durum Hakemliğinin Uygulanamaması"; Belirtmek gerekir ki 2021 Kuralları md.13 ve 29'da "*yatırım anlaşması*" (*investment treaty*) ifadesi değil, yalnızca "*anlaşma*" (*treaty*) ifadesi yer almaktadır. Ancak hem ICC'nin ifadelerinde hem de bu iki kuralın ele alındığı metinlerde, söz konusu kuralların yatırım anlaşmaları kapsamında değerlendirildiği dikkate alınarak, bu çalışmada 2021 Kuralları md.13 ve 29 yatırım anlaşmaları çerçevesinde ele alınmıştır. Bu noktada yazar, bu hükümlerin yatırım anlaşması olmayan milletlerarası anlaşmalardan kaynaklanan tahkim sözleşmelerine de uygulanacağı kanaatindedir. 2021 Kuralları'na yeni eklenen md.13 (6) hükmü ile ilgili bkz. ICC Divan Başkanı'nın Mesajı: "*(...) Uygulama alanı milletlerarası anlaşmalardan kaynaklanan tahkimlerle sınırlandırılmış olan yeni md.13 (6) uyarınca, hiçbir hakem taraflardan biriyle aynı milliyetten olmayacaktır. Bu hüküm, kamu menfaatinin ve düzenlemeler ile yasal mevzuatın milletlerarası hukukta geçerliliğinin mevzubahis olduğu yatırımcı-devlet tahkimlerinin kendine özgü doğasını ve bütünüyle bağımsız ve tarafsız bir hakem heyetinin tesis edilmesi gerekliliğini dikkate almaktadır.*" (Serbest çeviri usulü ile yazar tarafından çevrilmiştir).

2021 Kuralları'yla 13. maddeye eklenen 6. fıkra uyarınca, yatırım anlaşmalarına dayanan tahkim davalarında hakem heyetinin kuruluşuna ilişkin bir düzenleme getirilmiştir. Bu düzenlemeye göre "*Tahkim davasının dayandığı tahkim anlaşmasının bir milletlerarası anlaşmadan kaynaklandığı halde, taraflar aksini kararlaştırmadıkça, hakemlerden hiçbiri dava tarafları ile aynı milliyetten olmayacaktır*"[112]. 2017 Kuralları'na göre yalnızca tek hakemin veya heyet başkanının taraflarınkinden farklı bir milliyete sahip olması aranmaktayken[113], 2021 Kuralları doğrultusunda, yatırım anlaşmasından kaynaklanan davalarda hakem heyeti üyeleri, dava tarafları ile aynı milliyete sahip olmayacaktır, meğerki taraflar aksini kararlaştırmış olsun. Bu hüküm kurallara eklenirken özellikle yatırım anlaşmasına dayanan tahkim davalarının doğası dikkate alınmıştır. Zira bu davalarda hakemler, uluslararası hukuku uyguladığı ve devletlerin getirdiği düzenlemelerin meşruiyetini sorguladığı için, vakıaları bağımsız ve tarafsız bir gözle değerlendirmek adına hakemlerin milliyetlerinin dava taraflarından farklı olması özellikle hassasiyet arz etmektedir[114].

Çoğu tahkim kurumunun, kurallarında hakemin milliyetinin veya vatandaşlığının taraflarınkinden farklı olmasını öngördüğü ve bu meseleyi hakemin tarafsızlığı kapsamında değerlendirdiği gözlenmektedir[115]. Hakemlerin farklı milliyetten olmaları, doktrinde ifade edildiği üzere, sembolik de olsa bir tarafsızlık algısı yaratan "milliyet nötrlüğü" (*national neutrality*) sağlayarak, daha şüphesiz ve korkusuz bir tahkim atmosferi yaratmaktadır[116]. Ay-

---

[112] *2021 Kuralları*, md.13 (6)'nın İngilizce aslı şu şekildedir: "*Whenever the arbitration agreement upon which the arbitration is based arises from a treaty, and unless the parties agree otherwise, no arbitrator shall have the same nationality of any party to the arbitration.*"

[113] *2017 Kuralları*, md.13 (5): "*Tek hakem veya hakem kurulu başkanının, tarafların milliyetinden başka bir milliyete tabi olması gerekir. Ancak, uygun olan durumlarda taraflardan hiçbiri Divan tarafından tespit edilen süre içinde itirazda bulunmazsa, tek hakem veya hakem kurulu başkanı, tarafların tabi olduğu milliyetten de seçilebilir.*"; Hükmün incelemesi için bkz. VERBIST / SCHÄFER / IMHOOS, ss. 87-88.

[114] *2021 Kılavuzu*, p. 45.

[115] LEE Ilhyung, "Practice and Predicament: The Nationality of the International Arbitrator (With Survey Results)", **Fordham International Law Journal**, C. 31, S. 3, 2007, ss. 605-616; Nötrlük ile tarafsızlık ve bağımsızlık arasındaki fark için bkz. BALKAR BOZKURT Süheyla, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlık Yükümlülüğü**, Birinci Bası, On İki Levha, İstanbul, 2016, s. 112 vd.; *2013 UNCITRAL Tahkim Kuralları*, md.6 (7)'de ise atama makamları hakemlerin atanmasında farklı milliyetten bir hakemin tavsiye edilebilirliğini değerlendireceği ifade edilmiştir, bkz. 2013 UNCITRAL Arbitration Rules, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/ files/media-documents/uncitral/en/uncitral-arbitration-rules-2013-e.pdf (Erişim Tarihi: 25.03.2021). Gary Born bu maddeyi basit bir "önlem" olarak değerlendirmektedir. Bu görüş için bkz. BORN, s. 1869.

[116] PEARSON Neil, "Nationalité et attaches de l'arbitre", Qualification de l'arbitre international-Symposium du 20 novembre 1970, **Revue de l'Arbitrage**, 1970, s. 239; Hakemlerin milliye-

rıca doktrinde, taraflardan farklı milliyetten olan bir hakemin, tahkim yargılaması esnasında ve kararını verirken daha özgür olacağı ifade edilmektedir[117]. Özellikle yatırım tahkiminde davalı tarafın bir devlet veya devlet kurumu olması ve tüm tahkim süreci ile tahkim kararının bir yatırım anlaşmasının yorumlanmasına dayandığı dikkate alınırsa, ICC'nin md.13 (6) ile yatırım tahkiminde hakem atama usulüne getirdiği sınırlamanın anlaşılabilir bir düzenleme olduğu söylenebilir. Yatırım tahkiminde hakemlerin milliyetine ilişkin bu tür sınırlamalar, *2017 SIAC Yatırım Tahkimi Kuralları*[118] ya da *2017 Çin Uluslararası Ekonomik ve Ticari Tahkim Komisyonu* ("CIETAC") *Yatırım Tahkimi Kuralları*[119] gibi düzenlemelerde de yer almaktadır.

2021 Kuralları md.13 (6)'nın hakemlerin milliyetine ilişkin getirdiği sınırlamanın, yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde önde gelen kurum olan ICSID'in bu hususta getirdiği sınırlamadan daha katı olduğu görülmektedir. *Devletlerle Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlenmesi Hakkında Sözleşme*'de[120] ("ICSID Konvansiyonu")

---

tinin nötrlük açısından taşıdığı önem için bkz. BALKAR BOZKURT, *Bağımsızlık*, ss. 109-115; Ayrıca bkz. BLACKABY Nigel / PARTASIDES Constantine, **Redfern and Hunter on International Arbitration**, Beşinci Bası, Oxford University Press, 2009, s. 250, "*(...) Hakemin milliyet bakımından nötr olması tarafsızlığın ve bağımsızlığın bir garantisi değildir. Ancak bu durum, daha iyi bir görüntü sunar ve bu nedenle pratikte genel olarak takip edilen bir uygulamadır (...)*" (Serbest çeviri usulü ile yazar tarafından çevrilmiştir); Aksi yönde bkz. LALIVE Pierre, "On the Neutrality of the Arbitrator and of the Place of Arbitration", **Swiss Essays on International Arbitration**, Lausanne, 1984, s. 25.

[117] FOUCHARD Philippe / GAILLARD Emmanuel / GOLDMAN Berthold, **International Commercial Arbitration** (ed. Emmanuel Gaillard, John Savage), Kluwer Law International, 1999, s. 570.

[118] *2017 SIAC Yatırım Tahkim Kuralları*, md.5 (7): "*Tarafların farklı milliyetlerden olduğu hallerde, Divan tek hakemi veya hakem heyeti başkanını tarafların milliyetinden başka bir milliyetten olacak şekilde atayacaktır, meğerki taraflar aksini kararlaştırmış veya Divan davanın hal ve şartları doğrultusunda aksi bir uygulamanın daha uygun olacağı kanaatinde olsun.*" (Serbest çeviri usulü ile yazar tarafından çevrilmiştir), bkz. 2017 SIAC Investment Arbitration Rules, https://www.siac.org.sg/images/stories/articles/rules/IA/SIAC%20Investment%20Rules%202017.pdf (Erişim Tarihi: 25.03.2021); Kuralların Türkçe çevirisi için bkz. ÖZSOY Mehmet Akif / SÖNMEZ Gökhan, "Investment Arbitration Rules of the Singapore International Arbitration Centre: SIAC Investment Arbitration Rules (1st Edition, 1 January 2017)", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 37, S. 2, 2017, ss. 1052-1088.

[119] *2017 CIETAC Uluslararası Yatırım Tahkimi Kuralları*, md.11 (3): "*Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça veya müştereken atama yapılmadıkça, tek hakem, hakem heyeti başkanı veya hakem heyetinin çoğunluğu tarafların milliyetinden başka bir milliyete sahip olacaktır.*" (Serbest çeviri usulü ile yazar tarafından çevrilmiştir), bkz. 2017 CIETAC International Investment Arbitration Rules, http://www.cietac.org/index.php?m=Page&a=index&id=390&l=en (Erişim Tarihi: 25.03.2021).

[120] Devletlerle Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlenmesi Hakkında Sözleşme, https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc071/kanuntbmmc071/kanuntbmmc07103460.pdf (Erişim Tarihi: 25.03.2021).

hakemin milliyetine ilişkin hususlar md.38. ve md.39'da düzenlenmektedir[121]. ICSID Konvansiyonu'nun 38. maddesi dava taraflarının süresinde hakem atamaması halinde, Dünya Bankası Başkanı'nın atayacağı hakemlerin, taraflar ile aynı uyruktan olmaması gerektiğini düzenlemektedir[122]. ICSID Konvansiyonu'nun 39. maddesi[123] ve ICSID Tahkim Kuralları'nın[124] 1 (3) maddesine göre ise atamaların dava taraflarınca yapıldığı hallerde, tarafların aksini kararlaştırma hakkı saklı olmak üzere, hakem heyetinin çoğunluğu taraflardan biri ile aynı milliyetten olmamalıdır. Dolayısıyla ICSID Tahkim Kuralları, tarafların atadığı hakem heyetinin çoğunluğunun taraflardan farklı bir milliyetten olması gerektiğini öngörmekte iken; 2021 Kuralları daha katı bir yaklaşımla, tarafların atadığı hakem heyetindeki tüm hakemlerin taraflardan farklı bir milliyetten olması gerektiği öngörmektedir.

Belirtilmelidir ki diğer birçok tahkim kurumunun kuralları gibi, md.13 (6) hükmü de "*milliyet*" kavramından ne anlaşılması gerektiğini açıklamamış ve bu konuda Kılavuz'da da bilgi verilmemiştir[125]. Her ne kadar milliyet kavramından genelde vatandaşlık anlaşılsa da vatandaşlığın doğumla kazanıldığı ülke mi yoksa sonradan kazanıldığı ülke mi olduğu konusu açık değildir. Yine Avrupa Birliği vatandaşı bir tarafın, Avrupa Birliği vatandaşı bir hakemi atamasının ya da X ülkesi vatandaşı bir tarafın X'in deniz aşırı ülkesinin vatandaşı bir hakemi atamasının mümkün olup olmadığı da muğlaktır. Oysa LCIA 2020 Tahkim Kuralları'nda hakemin milliyetinden ne anlaşılması gerektiği hüküm altına alınmıştır[126].

---

[121] ICSID Konvansiyonu uyarınca tahkim yargılaması hakkında detaylı bilgi için bkz. ŞANLI, ss. 573-596.

[122] *ICSID Konvansiyonu*, md.38: "*(...) Bu maddeye göre Başkanca atanan hakemler anlaşmazlığa taraf olan Âkit ülkenin vatandaşı veya Âkit ülkelerin vatandaşlarından birinin taraf olduğu anlaşmazlığa taraf olan Âkit ülkenin vatandaşı olamazlar*."; Bu hüküm *2021 Kuralları*, md.13 (5) ile paralellik göstermektedir. Md. 13 (5) uyarınca, her türlü uyuşmazlık bakımından, hakemleri Divan'ın atadığı durumda, aksini kararlaştırma hakkı saklı olmak üzere, tek hakemin veya başhakemin taraflardan farklı bir milliyetten olması gerekir.

[123] *ICSID Konvansiyonu*, md.39, "*Hakemlerin çoğunluğu anlaşmazlığa taraf olan Âkit ülkenin ve vatandaşı anlaşmazlığa taraf olan Âkit ülkenin vatandaşı olmayacaktır. Bununla birlikte bu madde hükümleri tek hakem veya heyetin her bir üyesi tarafların rızası ile atanırsa uygulanmaz.*"

[124] ICSID Convention Arbitration Rules, https://icsid.worldbank.org/resources/rules-and-regulations/convention/arbitration-rules (Erişim Tarihi: 25.03.2021).

[125] Bu konuda ICC Kuralları ve diğer tahkim kuralları üzerine bir inceleme için bkz. BONNAN Regis, "On the Nationality and Multi-Nationality of the Arbitrator: Old and New Issues of Formal Neutrality", **ASA Bulletin** (ed. Matthias Scherer), Kluwer Law International, C. 38, S. 3, 2020, ss. 637-658.

[126] *2020 LCIA Tahkim Kuralları*, md.6: "*Madde 6.1 çerçevesinde, bir gerçek kişi için milliyet, vatandaşlık anlamına gelir. Bu vatandaşlık doğum yoluyla, sonradan ya da ilgili milletin ön-*

2021 Kuralları'na dahil ettiği md.13 (6) hükmü ile ICC, yatırım anlaşmalarından kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde özellikle önem arz eden hakemlerin tam bağımsızlığını sağlamaya çalışmıştır. Md. 13 (6) hükmü, tarafların ve hakemlerin milliyetlerinin farklı olmasını sağlayarak, yatırım anlaşmalarından doğan uyuşmazlıklarda, hakemin bağımsızlığı konusunda oluşabilecek şüpheleri gidermektedir. 2021 Kuralları'nın md.13 (6) ile birlikte, bir sonraki bölümde mercek altına alınmış olan ve yine yatırım tahkimini ilgilendiren 29 (6) (c) hükmünü de düzenlemesi, ICC'nin ticari tahkim yanında yatırım tahkiminde de önemli bir seçenek olmayı hedeflediğine işaret etmektedir.

4. Yatırım Anlaşmalarından Doğan Tahkim Davalarında Acil Durum Hakemliğinin Uygulanamaması

2017 Kuralları	**2021 Kuralları**
Madde 29 - Acil Durum Hakemi (...) (5) Madde 29(1) - 29(4) ve Ek V'te belirlenen Acil Durum Hakemi Kuralları (hep birlikte "Acil Durum Hakemine ilişkin Hükümler" olarak anılacaktır) sadece yapılan başvuruda esas alınan Kurallar kapsamındaki tahkim anlaşmasının taraflarına veya o anlaşmanın taraflarının haleflerine uygulanır. (6) Acil Durum Hakemine ilişkin Hükümler aşağıdaki hallerde uygulanmaz: a) Kurallar'a tabi tahkim anlaşması 1 Ocak 2012 tarihinden önce yapılmışsa; b) Taraflar, Acil Durum Hakemine ilişkin Hükümler'in uygulanmaması konusunda anlaşmışsa veya c) Taraflar ihtiyati haciz, ihtiyati tedbir gibi koruma önlemlerini sağlayabilecek başka bir tahkim-öncesi başvuru mekanizmasını kararlaştırmışlarsa (...)	Madde 29 - Acil Durum Hakemi[127] (...) (5) Madde 29(1) - 29(4) ve Ek V'te belirlenen Acil Durum Hakemi Kuralları (hep birlikte "Acil Durum Hakemine ilişkin Hükümler" olarak anılacaktır) sadece yapılan başvuruda esas alınan Kurallar kapsamındaki tahkim anlaşmasının taraflarına veya o anlaşmanın taraflarının haleflerine uygulanır. (6) Acil Durum Hakemine ilişkin Hükümler aşağıdaki hallerde uygulanmaz: a) Kurallar'a tabi tahkim anlaşması 1 Ocak 2012 tarihinden önce yapılmışsa; b) Taraflar, Acil Durum Hakemine ilişkin Hükümler'in uygulanmaması konusunda anlaşmışsa veya c) **Başvurunun dayandığı tahkim anlaşması bir milletlerarası anlaşmadan kaynaklanıyorsa** (...)

gördüğü diğer şartların oluşmasıyla kazanılabilir. (...) İki veya daha fazla milliyete sahip olan kişi, her bir devletin vatandaşı olarak kabul edilir. Avrupa Birliği vatandaşları, bu birliğin her bir üye devletinin vatandaşı olarak sayılır ve aynı milliyete sahip olarak kabul edilmez. Bir devletin deniz aşırı bölgelerinin milliyetine sahip olan bir kişi, o bölgenin vatandaşı olarak kabul edilir ve o bölgenin bağlı olduğu devletin vatandaşı olarak kabul edilmez (...)" (Serbest çeviri usulü ile yazar tarafından çevrilmiştir).

[127] *2021 Kuralları*, md.29 (6) (c)'nin İngilizce aslı şu şekildedir: "*The Emergency Arbitrator Provisions shall not apply if: (...) c) the arbitration agreement upon which the application is based arises from a treaty.*"

ICC nezdinde acil durum hakemliği (*Emergency Arbitrator*), hakem heyetinin teşekkülünü beklemeyecek kadar acil bir ihtiyati tedbirin verilmesine ihtiyaç duyduğu hallerde, taraflardan birinin ICC Sekretaryası'na bu tedbir hakkında karar verebilecek bir hakemin atanması için başvurabildiği mekanizmadır[128]. Bu mekanizma, ICC Kuralları'na ilk defa 2012 yılında dahil edilmiştir[129]. Acil durum hakemliğinin düzenlendiği md.29, 2017 yılında değişikliğe uğramamış, fakat 2021 Kuralları ile revize edilmiştir. Bu doğrultuda 2021 Kuralları md.29 (6)'ya eklenen (c) bendi ile, acil durum hakemliğinin milletlerarası anlaşmalara dayanan tahkim sözleşmeleri bakımından uygulanmayacağı açıkça düzenlenmiştir[130]. Dolayısıyla 2021 Kuralları uyarınca, bir tarafın devlet veya devlet kurumu olduğu yatırım anlaşmalarına dayanan ve davacının tahkim talebi ile kurulan tahkim anlaşmaları acil durum hakemliğinin uygulama alanı dışındadır[131].

---

[128] *2021 Kılavuzu*, p. 69; FRY / GREENBERG / MAZZA, s. 294; BOOG Christopher, "Chapter 17, Part II: Commentary on the ICC Rules, Article 29 [Emergency Arbitrator]", **Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide** (ed. Manuel Arroyo), İkinci Bası, Kluwer Law International, 2018, s. 2381; Konu hakkında detaylı bir inceleme için bkz. SHAUGHNESSY Patricia Louise, "Chapter 32: The Emergency Arbitrator", **The Powers and Duties of an Arbitrator: Liber Amicorum Pierre A. Karrer** (ed. Patricia Louise Shaughnessy / Sherlin Tung), Kluwer Law International, 2017, ss. 339-348.

[129] Acil durum hakemliğine ilişkin detaylı bilgi için bkz. FRY / GREENBERG / MAZZA, ss. 294-310; Ayrıca bkz. YEŞİLIRMAK, ss. 135-145; Ayrıca belirtmek gerekir ki 2012 yılından önce ICC'nin kurallarında *pre-arbitral referee* prosedürünün bulunduğu görülmektedir. Bu konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ŞANLI, ss. 553-557.

[130] Bu noktada acil durum hakemliğinin yatırım tahkimi davalarında uygulanmamasının ardındaki muhtemel nedenlere kısaca değinmek gerekir. Yatırım tahkimi davalarında acil durum hakemliğinin uygulanmaması gerektiğine yönelik ilk görüş, davalı devletin, imzalamış olduğu milletlerarası anlaşma ile bir tahkim kurumu kurallarını kabul etmiş olmasının ayrıca acil durum hakemliği usulünü de öngörüp buna rıza gösterdiği olarak anlaşılmaması gerektiği yönündedir. Bu konudaki bir diğer görüş, acil durum hakemi başvurusuna muhatap olacak devletin, bu başvuru için tanınan kısa cevap süresinde itirazlarını dile getiremeyeceği endişesidir, zira bir dava ile karşılaşan devletin, kendisini temsil ettirmek üzere, hukuki danışmanlık hizmeti için ihale yapacağı ve bu sürede cevap hakkını kullanamayacağı düşünülmüştür. Son olarak, milletlerarası anlaşmalarda yer alan, "sakinleşme periyodu" (*cooling-off period*) klozları uyarınca, davacı tarafın bir dava ikame etmeden önce bir süre boyunca bekleme zorunluluğunun acil durum hakemliğinin uygulanmasını imkânsız kılacağı görüşü de mevcuttur. Bu görüşler için bkz. MARKERT Lars / RAWAL Raeesa, "Emergency Arbitration in Investment Construction Disputes: An Uneasy Fit?", **Journal of International Arbitration** (ed. Maxi Scherer), Kluwer Law International, C. 37, S. 1, 2020, ss. 134-138; Bu bağlamda diğer tahkim kuralları incelendiğinde, ICSID Tahkim Kuralları'nda bir acil durum hakemliği prosedürünün düzenlenmediği, 2017 SIAC Yatırım Tahkimi Kuralları'nda, acil durum hakemliğinin uygulanabilmesi için tarafların açıkça bunu kabul etmiş olmalarının arandığı, SCC Kuralları'nda ise ticari tahkim davaları gibi, yatırım tahkimi davalarında da acil durum hakemliğinin uygulandığı görülmektedir.

[131] Acil durum hakemliğinin dışlandığı tahkim anlaşmaları, 2021 Kuralları md.29 (6) (c) hükmünde "*milletlerarası anlaşmadan*" kaynaklanan tahkim anlaşmaları olarak ifade edilmiştir.

Aslında 2021 Kuralları'ndan önce de md.29 (5) hükmüne dayanılarak acil durum hakemliğinin yatırım anlaşmalarından kaynaklanan tahkim anlaşmaları bakımından uygulanmayacağı kabul edilmekteydi[132]. Acil durum hakemliğine ilk defa yer veren 2012 ICC Tahkim Kuralları'na ilişkin ICC Sekretaryası tarafından hazırlanan *The Secretariat's Guide to ICC Arbitration*'da bu kurumun yatırım anlaşmalarından kaynaklanan tahkim anlaşmalarına uygulanmayacağı belirtilmekteydi[133]. Acil durum hakemliği için öngörülen ve oldukça kısa olan sürelerin, davalı devletin vekil seçmesi ve her durumda savunma hazırlayabilmesi için yetersiz kaldığını ve bu sebeple işbu usulün yatırım anlaşmalarından kaynaklanan acil durum hakemi başvuruları için uygun olmadığını belirten ICC[134], 2017 tarihli bir Komisyon Raporu'nda bu uygulamanın dayanağı olarak md.29 (5) hükmünü göstermekteydi[135]. Zira md.29 (5) hükmünde acil durum hakemliğine ilişkin kuralların yalnızca bir tahkim anlaşmasının imzacılarına (*signatories*) ve bu imzacıların haleflerine (*successors to such signatories*) uygulanacağı ifade edilmiştir. Oysa yatırım anlaşmalarına dayanan acil durum hakemi başvurularında taraflar arasında imzalanmış bir sözleşme yoktur. ICC nezdinde görülen bir acil durum hakemi başvurusunda[136] da belirtildiği üzere, yatırım tahkimi davalarındaki tahkim anlaşmalarının, devletin yatırım anlaşmasında yer alan icabının, yatırımcının tahkim talebinde bu icabı kabul etmesi ile kurulduğu dikkate alın-

---

Bu çalışmada ise 29 (6) (c) hükmü, yatırım anlaşmalarından kaynaklanan tahkim anlaşmaları çerçevesinde incelenmiştir. Bu konu hakkında daha evvel yapılan açıklamalar, acil durum hakemliği için de geçerlidir, bkz. dn. 111.

132 FRY / GREENBERG / MAZZA, s. 308; BOOG, s. 2386.

133 FRY / GREENBERG / MAZZA, s. 308.

134 Bkz. ICC Divan Başkanı'nın Mesajı.

135 ICC Arbitration Commission Report on Arbitration Involving States and State Entities ("ICC Devletler Raporu"), 2017, p. 51, https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2016/10/ICC-Arbitration-Commission-Report-on-Arbitration-Involving-States-and-State-Entities.pdf (Erişim Tarihi: 25.03.2021).

136 *ICC EA Case No. 13*. İşbu acil durum hakemi başvurusu, acil durum hakemliği usulünün yürürlüğe girmesinden sonraki dönemde, bir yatırımcı tarafından 2001 tarihli bir yatırım anlaşmasına dayanarak yapılmıştır. ICC Divanı Başkanı, bu başvuruyu, yatırımcı ve başvurunun muhatabı olan devlet arasında md.29 (5)'te yer alan, başvurunun taraflar arasında imzalanmış bir tahkim anlaşmasına dayanması şartını karşılamadığı için reddetmiştir. Zira devletin bir milletlerarası anlaşma aracılığıyla tahkim iradesini ortaya koyduğu ve yatırımcının da dava açarak tahkime rıza gösterdiği yatırım tahkimi davalarında tarafların md.29 (5) anlamında bir tahkim anlaşmasını imzalamış olduğundan söz edilemeyeceği ifade edilmiştir. Karar için bkz. ICC Commission Report on Emergency Arbitrator Proceedings, s. 39, www.isdc.ch/media/1736/emergency-arbitrator-proceedings-icc-report.pdf. (Erişim Tarihi: 25.03.2021).

dığında[137], tarafların md.29 (5) hükmü kapsamında "*imzacı*" olmadığı anlaşılmaktadır[138]. Dolayısıyla md.29 (5) hükmü zaten yatırım anlaşmalarından kaynaklanan tahkim anlaşmalarını dışlayan bir hükümdür ve eleştirilere rağmen[139] ICC uygulaması da bu yönde gelişmiştir[140]. Bu açıdan bakıldığında 29 (6) (c) hükmünün esasen sadece uygulamayı kodifiye etmekte[141] ve böylece acil durum hakemliğinin uygulama alanına dair daha açık bir hüküm getirmektedir.

Belirtilmelidir ki acil durum hakemliğine ilişkin md.29 (6) (c) hükmü sadece yatırım anlaşmalarından kaynaklanan tahkim sözleşmeleri bakımından uygulama alanı bulacaktır. Bir taraf devlet veya devlet kurumu olsa bile, milletlerarası bir yatırım anlaşması (*investment treaty*) yerine yatırımcı ve devlet arasında imza edilmiş bir yatırım sözleşmesinden (*investment contract*) doğan uyuşmazlıklar bakımından acil durum hakemliği uygulanmaya devam edecektir.

Bunun yanı sıra, 2021 Kuralları'yla md.29 (6) (c) hükmünün yerine geldiği eski hükmün kaldırıldığı görülmektedir. Kaldırılan bu hükümde, taraflar arasında, ihtiyati haciz, ihtiyati tedbir gibi koruma önlemlerini sağlayabilecek başka bir tahkim-öncesi başvuru mekanizması üzerinde bir anlaşma olduğu takdirde, acil durum hakemliğine başvurulamayacağı yer almaktaydı. Bu bağlamda eski hükümde, tarafların sözleşmelerinde ön hakemlik (*pre-arbitral referee)* veya FIDIC sözleşmelerinde[142] düzenlenen Uyuşmazlık Çözüm Kurulu (*Dispute Adjudication Board)* gibi tahkim öncesi usullerden

---

[137] FRY / GREENBERG / MAZZA, s. 308; Ayrıca ICSID nezdinde görülen yatırım tahkimi davalarında tahkim iradesi hakkında bkz. AKINCI, ss. 60-63.

[138] FRY / GREENBERG / MAZZA, s. 308.

[139] Bkz. PINSOLLE Philippe, "A Call to Open the ICC Emergency Arbitrator Procedure to Investment Treaty Cases", **International Arbitration Under Review: Essays in Honour of John Beechey** (ed. Andrea Carlevaris, Laurent Levy, Alexis Mourre, Eric Schwartz), ICC Publications, 2015, s. 307.

[140] Nitekim ICC Devletler Raporu'nda ifade edildiği üzere, md.29 (5) hükmüne "imzacılar" ifadesi eklenirken, bu tabirle yatırım anlaşmalarından kaynaklanan acil durum hakemliği başvurularının dışlanması amaçlanmıştır. İlgili ifade için bkz. *ICC Devletler Raporu*, p. 52.

[141] "*(...) Divan'ın yatırım anlaşmalarından kaynaklanan davalara acil durum hakemliği prosedürünün uygulanmamasına ilişkin pratiği md.29 hükmü altında kodifiye edilecektir.*" (Serbest çeviri usulü ile yazar tarafından çevrilmiştir). Bu ifade için bkz. ICC Divan Başkanı'nın Mesajı.

[142] FIDIC sözleşmeleri ve bu sözleşmelerde öngörülen uyuşmazlık çözüm yöntemleri için bkz. EKŞİ Nuray, **Tahkim Öncesi Uyuşmazlık Çözüm Usulleri ve Bu Usuller Tüketilmeden Tahkime Başvurulmasının Sonuçları**, Birinci Bası, Beta, İstanbul, 2015, s. 69 vd.

birinin uygulanması konusunda anlaşmaları halinde, acil durum hakemine başvurulamayacağı ifade edilmekteydi[143]. 2021 Kuralları'nda bu hükmün kaldırılması ile tarafların bu ve benzeri hukuki koruma mekanizmalarını kararlaştırdığı hallerde dahi acil durum hakemine başvurabileceği sonucu ortaya çıkmıştır.

2017 Kuralları'nda yer alan eski 29 (6) (c) hükmü ile, ilk defa 2012'de kurallara dahil edilen acil durum hakemliği usulünün 1990'dan beri yürürlükte olan *pre-arbitral referee* usulü ile çakışmasını önlemek amaçlanmıştır[144]. Ancak *pre-arbitral referee*'nin yerini acil durum hakemliğine bıraktığı dikkate alındığında, bu zamana kadar hiç uygulanmayan eski 29 (6) (c) hükmüne ihtiyaç kalmamıştır[145]. Tam aksine, özellikle Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'na başvurmayı öngören inşaat sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından yersiz itirazlara sebep olabileceği için hükmün kaldırılması uygun bulunmuştur[146].

Yatırım anlaşmalarına dayanan tahkim sözleşmeleri özelinde getirilen ve esasında ICC'nin bu zamana kadarki fiili uygulamasını yansıtan yeni 26 (6) (c) hükmü, acil durum hakemliğinin kapsamını netleştirmiştir. Bu hükmün, yatırım uyuşmazlıkları bakımından öne çıkan ve acil durum hakemliğinin düzenlenmediği ICSID ve UNCITRAL Tahkim Kuralları'yla da uyumlu olduğu görülmektedir.

5. Üçüncü Kişi Finansmanının Bildirilmesi Yükümlülüğü

2021 Kuralları'nın getirdiği en önemli yeniliklerden birisi taraflara üçüncü kişi finansmanını bildirme yükümlülüğü getirmesidir[147]. 11. maddeye eklenen 7. fıkra tarafları, iddia ve savunmaların finansmanı için bir dava tarafı ile anlaşmaya giren ve tahkimin sonucunda ekonomik menfaati bulunan dava dışı tarafın varlığı ve kimliği hakkında Sekretarya'yı, hakem heye-

---

143 BOOG, s. 2388; VERBIST / SCHÄFER / IMHOOS, s. 163.

144 Bkz. ICC Divan Başkanı'nın Mesajı.

145 Bkz. ICC Divan Başkanı'nın Mesajı.

146 Bkz. ICC Divan Başkanı'nın Mesajı.

147 Üçüncü kişi finansmanı kavramı hakkında bkz. BALKAR BOZKURT Süheyla, "Milletlerarası Tahkimde Yargılama Masraflarının Hak Arama Özgürlüğüne Etkisi ve Sonuçları"*, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 10, S. 129, 2015, s. 207 vd.; IŞIK Fatih / PAT Hande, "Milletlerarası Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanı", **Uluslararası Yatırım Tahkiminde Üçüncü Kişi Finansmanı** (ed. Ceyda Süral Efeçınar/ Ekin Ömeroğlu / Ece Uyanık), Seçkin, 2018, ss. 93-109.

tini ve diğer tarafları bilgilendirmekle yükümlü kılmıştır. Ancak ICC'nin bu meseleye, yeni eklenen md.11 (7) hükmünden önceki yaklaşımı ve düzenlemeleri dikkate alındığında, taraflara böyle bir yükümlülük getirilmesi beklenmedik bir gelişme olmamıştır.

Dar anlamıyla milletlerarası tahkimde üçüncü kişi finansmanı, dava dışı profesyonel bir kişi ya da kurumun, tahkim yargılaması sonunda verilecek karardan maddi fayda sağlamak için, uyuşmazlığın taraflarından birisinin dava masraflarını üstlenmesidir[148]. Özellikle milletlerarası tahkimin devlet yargılamasına göre oldukça masraflı bir uyuşmazlık çözüm yolu olması, tarafları üçüncü kişi finansmanına başvurmaya yönlendirmektedir[149]. Nitekim tahkim yargılamalarında üçüncü kişi finansmanına başvuru sayısı da gün geçtikçe artmaktadır[150].

Üçüncü kişi finansmanının, yüksek tahkim masraflarını karşılayamayacak olan tarafın adalete erişimini kolaylaştırma ve tarafların nakitlerini dava masrafları yerine kendi işlerinde kullanmalarına olanak verme gibi pek çok faydası bulunmaktadır[151]. Fakat bu faydalarının yanında üçüncü kişi finansmanı, tahkim yargılamasında özellikle menfaat çatışmalarına sebebiyet verme riski taşımaktadır[152].

---

148 Geniş anlamıyla üçüncü kişi finansmanı ise davanın sonucundan menfaati olsun veya olmasın, dava dışı üçüncü bir kişi ya da kurumun, uyuşmazlığın taraflarından birine finansal destek sağlaması şeklinde tanımlanmaktadır. ICC'nin ilgili kuralları dar anlamda üçüncü kişi finansmanına işaret ettiği için bu çalışmada üçüncü kişi finansmanı kavramı dar anlamıyla kullanılmıştır (KAYALI Didem, "Milletlerarası Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanı", **Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi** (ed. Nuray Ekşi), C. 8, S. 1, 2019, s. 87); GHARAVI Hamid, "Le Financement Par Un Tiers", **L'Argent Dans L'Arbitrage**, 2013, s. 33.

149 2018 Queen Mary Raporu'nda milletlerarası tahkimin en kötü özelliğinin sorulduğu soruya yaklaşık %70'lik bir oranla "masraflar" cevabı verildiği belirtilmektedir, bkz. 2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration, s. 8.

150 2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration ("2015 Queen Mary Raporu"), s. 17, http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2015_International_Arbitration_Survey.pdf (Erişim Tarihi: 25.03.2021).

151 BALKAR BOZKURT, *Yargılama Masrafları*, s. 214; ÇALIŞKAN Yusuf, "Uluslararası Yatırım Tahkiminin Üçüncü Kişiler Tarafından Finansmanı", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 22, S. 3, 2016, ss. 647-648.

152 BALKAR BOZKURT, *Yargılama Masrafları*, ss. 212-213; Üçüncü kişi finansmanının taşıdığı diğer riskler arasında dava sonucundan pay alma yasağının ihlal edilmesi, finansörün davanın kontrolünü ele geçirmesi, finansörün varlığının yargılamanın gizliliğini ihlal etmesi, tahkimde şeffaflığın sağlanamaması gibi meseleler sayılmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. MERT Baver Mazlum, Milletlerarası Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019, ss. 55-95; Belirtilmelidir ki ICC 2021 Kuralları ile sınırlandırılmış bu çalışmada, yeni kuralların kapsamında kalınarak,

Üçüncü kişi finansmanının varlığı her şeyden önce, muhtemel menfaat çatışmaları sebebiyle, hakemlerin tarafsızlığının ve bağımsızlığının sorgulanmasını gündeme getirebilmektedir[153]. Hakemlerin çoğu zaman avukatlık mesleğini de icra ettiği göz önünde bulundurulursa, hakemler ile finansör arasında ekonomik bir bağlantının bulunması, hakemlerin finansör ile çalışması veya finansöre danışmanlık vermesi, hakemin finansör şirkette pay sahibi olması gibi durumlar, hakemlerin tarafsızlığına ve bağımsızlığına gölge düşürebilir[154]. Hakemlerin tarafsız veya bağımsız olmadığı iddiası ICC Kuralları md.14 uyarınca hakemlerin reddine sebebiyet verebileceği gibi, böyle bir iddianın makul şüphelere dayanması halinde verilecek kararın iptal edilmesi veya tenfizinin reddedilmesi gibi ağır sonuçlar da doğabilir[155].

Menfaat çatışması yalnızca hakemler ve finansör arasında değil, finansör ile taraf vekilleri arasında da söz konusu olabilir. Nitekim taraf vekilliği yapan avukatın finansör şirket bünyesinde çalışması veya taraf vekilinin çalıştığı hukuk bürosu ile finansör şirketler arasındaki girift ilişkiler sebebiyle menfaat çatışmaları gündeme gelebilir[156]. Tahkim yargılamalarının finanse edilmesindeki artış göz önünde bulundurulduğunda bu tür menfaat çatışmaları zamanla kaçınılmaz bir hal alabilir.

Öğretide üçüncü kişi finansmanın yaratabileceği menfaat çatışmalarının bertaraf edilmesi için üçüncü kişi finansmanının varlığının ve/veya kimliğinin bildirilmesi önerilmektedir[157]. Yine konuya ilişkin gerçekleştirilen bir ankette, katılanların %76'sı üçüncü kişi finansmanının varlığının, %63'ü

---

bu konuda yalnızca üçüncü kişi finansmanının yaratabileceği menfaat çatışması riskine ve finansörü bildirmenin yargılamanın şeffaflığına olan etkisine yer verilmiştir.

153 BALKAR BOZKURT, *Yargılama Masrafları*, s. 213.

154 PARK William / ROGERS Catherine, **Third-Party Funding in International Arbitration: The ICCA Queen-Mary Task Force**, Legal Studies Research Paper No. 42, 2014, s. 82; IŞIK / PAT, s. 98; MERT, ss. 78-80.

155 BALKAR BOZKURT, *Yargılama Masrafları*, s. 213; IŞIK / PAT, s. 98.

156 PARK / ROGERS, s. 82; Ayrıca bkz. GOLDSTEIN Marc, "Should the Real Parties in Interest Have to Stand Up? - Thoughts About a Disclosure Regime for Third-Party Funding in International Arbitration", Transnational Dispute Management, Issue 4, 2011, www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=1745 (Erişim Tarihi: 25.03.2021), s. 7.

157 BALKAR BOZKURT, *Yargılama Masrafları*, ss. 213-214; KAYALI, s. 98; Ayrıca bkz. LEVY Laurent / BONNAN Regis, "Chapter 7. Third-Party Funding Disclosure, Joinder and Impact on Arbitral Proceedings", **Third Party Funding in International Arbitration** (ed. Bernardo M. Cremades Sanz-Pastor / Antonias Dimolitsa), Kluwer Law International, 2013, s. 85; YEOH Derric, "Third Party Funding in International Arbitration: A Slippery Slope Or Levelling the Playing Field?", **Journal of International Arbitration**, Kluwer Law International, C. 33, S. 1, 2016, ss. 115-118.

finansörün adının, %71'i ise finansman anlaşmasının bildirilmesi gerektiğini belirtmiştir[158].

Bununla birlikte gerek ulusal hukuklarda[159], gerek *Kanada ve Avrupa Birliği arasında Kapsamlı Ekonomi ve Ticaret Anlaşması* (CETA)[160] gibi uluslararası yatırım anlaşmalarında da üçüncü kişi finansmanının bildirilmesine ilişkin düzenlemelerin yer aldığı belirtilmelidir. Ayrıca üçüncü kişi finansmanının bildirilmesi yükümlülüğüne ICSID'in *ICSID Tahkim Kuralları Değişiklik Tasarısı*'nda da yer verildiğine değinmek gerekir[161].

Üçüncü kişi finansmanında menfaat çatışması meselesini ilk defa ele alan *Uluslararası Barolar Birliği Menfaat Çatışmaları Hakkında Rehber İlkeleri* ("IBA Menfaat Çatışmaları İlkeleri", "Menfaat Çatışmaları İlkeleri") bu noktada büyük önem arz etmektedir[162]. Üçüncü kişi finansmanından doğabilecek menfaat çatışmalarına ilişkin hem uygulamada hem öğretide tartışmalar sürerken IBA, 2004 yılında, Menfaat Çatışmaları İlkeleri'ne üçüncü kişi finansmanına dair düzenlemeleri dahil etmiştir[163]. 2014 yılında, IBA Menfaat Çatışmaları İlkeleri'nin 6 (b) hükmüne "doğrudan ekonomik menfaati bulunanlar" ibaresi eklenerek, finansörler gibi verilecek karardan doğrudan ekonomik olarak etkilenenlerin de hakemlerle ilişkileri bakımından uyuşmazlığın taraflarıyla özdeş olarak değerlendirileceği düzenlenmiştir[164].

---

158 2015 Queen Mary Raporu, s. 48.

159 Örneğin, Singapur 2017 yılında tahkimde üçüncü kişi finansmanını mevzuatında doğrudan düzenlemiştir, bkz. Civil Law (Amendment) Act 2017 (No. 2 of 2017), https://sso.agc.gov.sg/Acts-supp/2-2017/ (Erişim Tarihi: 25.03.2021); Yine Hong Kong, Tahkim Yönetmeliği'nde üçüncü kişi finansmanına ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır, bkz. Arbitration Ordinance, 98E - 98W, https://www.legco.gov.hk/yr16-17/english/bills/b201612301.pdf (Erişim Tarihi: 25.03.2021).

160 CETA, md.8 (26), https://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-chapter-by-chapter/ (Erişim Tarihi: 25.03.2021).

161 ICSID, tahkim kurallarını güncellemek adına 2016 yılından beri kapsamlı bir çalışma yürütmektedir. Bu doğrultuda ICSID ilk çalışma raporunu Ağustos 2018'de, ikincisini Mart 2019'da, üçüncüsünü Ağustos 2019'da ve dördüncüsünü Şubat 2020'de yayımlamıştır. Bahsi geçen çalışma raporlarının hepsinde üçüncü kişi finansmanının bildirilmesi düzenlenmiştir. Üçüncü kişi finansmanının bildirilmesi zorunluluğu, en güncel rapor olan dördüncü raporun 14. maddesinde yer almaktadır, bkz. Proposals for Amendment of the ICSID Rules, Working Paper #4, February 2020, https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/WP_4_Vol_1_En.pdf (Erişim Tarihi: 25.03.2021).

162 BALKAR BOZKURT, *Yargılama Masrafları*, s. 214; KAYALI, s. 99.

163 IBA Guidelines on Conflict of Interest in International Arbitration, https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=e2fe5e72-eb14-4bba-b10d-d33dafee8918 (Erişim Tarihi: 25.03.2021); IBA Menfaat Çatışmaları İlkeleri hakkında ayrıntılı bir inceleme için bkz. BALKAR BOZKURT, *Bağımsızlık*, ss. 198-215.

164 *IBA Menfaat Çatışmaları İlkeleri*, md.6 (b).

Ayrıca IBA Menfaat Çatışmaları İlkeleri'nin 7. maddesi ise üçüncü kişi finansmanına ilişkin taraflara aşağıdaki gibi bir bildirim yükümlülüğü getirmiştir:

"*Taraflar, hakem ile kendi aralarındaki (ya da aynı şirket grubu içerisinde yer alan başka bir şirketle veya tahkime taraf olanın idaresinde kontrol yetkisine sahip olan bireyle olan) doğrudan veya dolaylı tüm bağlantıları ya da hakem ile tahkimde verilecek karara ilişkin olarak doğrudan ekonomik menfaate sahip ya da tahkimdeki tarafa karşı tazmin etme yükümlülüğü altında olduğu herhangi kişiyi veya kurum arasındaki bağlantıyı hakeme, Hakem Heyetine, diğer taraflara ve tahkim kurumuna veya (şayet mevcutsa) hakemi tayin eden makama bildirmelidir. Taraflar bu bildirim yükümlülüğünü kendiliğinden en kısa sürede gerçekleştirmelidir.*"[165]

IBA Menfaat Çatışmaları İlkeleri her ne kadar yalnızca rehber niteliğinde olsa da hakemler ve tahkim kurumları üzerinde büyük etkisi olmuştur. Nitekim ICSID nezdinde görülen *Muhammet Çap v. Türkmenistan*[166] davasında hakem heyeti, davacının anlaştığı üçüncü kişi finansöre ilişkin bilgi talep eden Türkmenistan devletinin bu talebini geri çevirmiş, fakat IBA Menfaat Çatışmaları İlkeleri'ndeki 2014 değişikliğinden sonra Türkmenistan'ın bu hususstaki ikinci talebini bu ilkelere atıfla kabul etmiştir[167].

2014 yılında IBA Menfaat Çatışmaları İlkeleri'nde üçüncü kişi finansmanının bildirilmesine ilişkin yapılan değişiklikten bir süre sonra, ICC de 2016 yılında "*Hakemler Tarafından Menfaat Çatışmalarının Açıklanmasına İlişkin Rehber Notu*"[168] başlıklı bir not yayınlamıştır. Bu notta ICC, üçüncü kişi finansmanına ilişkin IBA Menfaat Çatışmaları İlkeleri'ndeki ifadelere kelimesi kelimesine yer vermiştir[169]. Finansörlerin hakemlerin tarafsızlığı ve

---

[165] *IBA Menfaat Çatışmaları İlkeleri*, md.7. İlkelerin Türkçe versiyonu için bkz. Uluslararası Baroları Birliği Menfaat Çatışmaları Hakkında Rehber İlkeleri, https://www.ibanet.org/Publications/ publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx (Erişim Tarihi: 25.03.2021).

[166] *Muhammet Cap & Sehil Insaat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti v. Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/12/6.

[167] IŞIK / PAT, s. 101.

[168] Bkz. ICC Court Adopts Guidance Note on Conflict Disclosures By Arbitrators, https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/icc-court-adopts-guidance-note-on-conflict-disclosures-by-arbitrators/ (Erişim Tarihi: 25.03.2021).

[169] GOLDSMITH, Aren / MELCHIONDA Lorenzo, "The ICC's Guidance Note on Disclosure and Third-Party Funding: A Step in the Right Direction", Kluwer Arbitration Blog, http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/03/14/the-iccs-guidance-note-on-disclosure-and-third-party-funding-a-step-in-the-right-direction/ (Erişim Tarihi: 25.03.2021).

bağımsızlığı üzerindeki etkisi dikkate alınarak hazırlanan bu not, bir yandan hakemlere taraflarla ve tarafların çalıştığı hukuk bürolarıyla olan ilişkilerini açıklama yükümlülüğü getirirken, bir yandan da hakemlerin üçüncü kişi finansmanının varlığının bildirilmesine ilişkin karar vermesini mümkün kılmıştır[170]. ICC'nin "*Tahkim Yargılamasının Yürütülmesi Hakkında Taraflar ve Hakem Heyetleri için 2019 ICC Notu*" ("2019 Kılavuzu")[171] ise uyuşmazlıktan doğrudan çıkarı olan tüm dava dışı kişilerle olan ilişkilerin bildirilmesi gerektiğini düzenlemiştir[172]. Gelinen son noktada ise ICC, bu bildirim yükümlülüğünü 2021 değişiklikleri ile kurallarına dahil etmiştir.

ICC'nin 2021 Kuralları ile 11. maddesine eklediği 7. fıkra aşağıdaki gibidir:

"*Hakem adaylarına ve hakemlere madde 11 (2) ve 11 (3) kapsamındaki görevlerini yerine getirmede yardımcı olmak için taraflardan her biri, iddia ve savunmaların finansmanı için bir anlaşmaya giren ve tahkimin sonucunda ekonomik menfaati bulunan dava dışı tarafın varlığı ile kimliği ve hangi iddialarda ekonomik menfaati bulunduğu hakkında Sekretarya'yı, hakem heyetini ve diğer tarafları derhal bilgilendirir.*"[173]

ICC'nin bu hükümle, üçüncü kişi finansmanının bildirilmesini tarafların veya hakem heyetinin takdirine bırakmadan, üçüncü kişi finansmanının varlığı ve kimliği hakkında bir bildirim zorunluluğu getirdiği görülmektedir. Böylece üçüncü kişi finansmanının gizli kalması sebebiyle meydana gelebilecek menfaat çatışmalarının önüne geçilmiştir[174]. Daha şeffaf bir tahkim

---

[170] MERT, ss. 92-93.

[171] 2019 Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration under the ICC Rules of Arbitration, https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/03/icc-note-to-parties-and-arbitral-tribunals-on-the-conduct-of-arbitration.pdf (Erişim Tarihi: 25.03.2021).

[172] *2019 Kılavuzu*, p. 28.

[173] *2021 Kuralları*, md.11 (7)'nin İngilizce aslı şu şekildedir: "*In order to assist prospective arbitrators and arbitrators in complying with their duties under Articles 11(2) and 11(3), each party must promptly inform the Secretariat, the arbitral tribunal and the other parties, of the existence and identity of any non-party which has entered into an arrangement for the funding of claims or defences and under which it has an economic interest in the outcome of the arbitration.*"

[174] 2021 Kuralları'nda masraflar için teminat gösterilmesine ilişkin bir düzenleme bulunmaması ve ICC kurallarının üçüncü kişi finansmanının bu teminatın gösterilmesine olan etkisine ilişkin bir hüküm içermemesi karşısında, üçüncü kişi finansmanın bildirilmesini zorunlu tutan hükmün asıl hedefinin hakemlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığını sağlamak olduğu düşünülmektedir. Üçüncü kişi finansmanının masraflar için teminat gösterilmesi kararına etkisinin detaylı bir analizi için bkz. SÜRAL EFEÇINAR Ceyda, "Uluslararası Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanının Masraflar İçin Teminat Gösterilmesi Kararının Verilmesine Etkileri", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 20, S. 2, 2018, ss. 33-62.

yargılaması sağlayacak bu hüküm hem taraflar hem de finansör açısından fayda sağlayacak niteliktedir. Öncelikle üçüncü kişi finansmanının bildirilmesi ile bu durumun hakem kararının icrasına engel olmasının önüne geçilmektedir. Bununla birlikte karşı tarafın üçüncü kişi finansmanı kullandığını ve dolayısıyla davadaki başarı şansının yüksek olduğunu öğrenen tarafın, uzlaşma yoluna gidebilmesi veya açmayı düşündüğü diğer davalardan vazgeçmesi gibi faydalar da söz konusu olabilir[175]. Yargılamanın üçüncü kişi finansmanının yaratacağı endişeler nedeniyle uzamaması, hakem kararının icrasında bu sebeple meydana gelecek pürüzlerin giderilmesi ise yargılamaya "yatırım yapan" finansörün yatırımını korumaktadır.

2021 Kuralları, 1 Ocak 2021 tarihinden sonra başlayan tahkim yargılamalarına uygulanacağından, üçüncü kişi finansmanının bildirilmesini zorunlu kılan md.11 (7) hükmü de tahkim anlaşmasının tarihine bakılmaksızın, 1 Ocak 2021 tarihinden sonra başlayan tahkim yargılamalarına uygulanacak olup, tarafların anlaşarak kuralların daha önceki versiyonlarını seçmeleri mümkündür[176].

Md. 11 (7) uyarınca taraflarca bildirileceklerin kapsamı üçüncü kişi finansmanının varlığı vefinansörün kimliği ile sınırlıdır. Davanın sonucunda elde edilecek meblağın bütününde veya bir kısmında ekonomik menfaati olan herhangi bir dava dışı kişinin bu kapsamda kabul edileceği gözlenmektedir[177]. IBA Menfaat Çatışmaları İlkeleri'nin 6. maddesine ilişkin açıklamada, karardan doğrudan ekonomik menfaati bulunanlar ibaresinden üçüncü kişi finansörlerin yanında sigortacıların da anlaşılması gerektiği belirtildiği dikkate alınırsa, sigortacılar da 11 (7) hükmü kapsamında varlığı ve kimliği bildirilmesi gereken dava dışı taraf olarak değerlendirilmelidir[178]. Ancak 2021 Kılavuzu'na göre, hakem heyetinin takdir yetkisi saklı kalmak üzere, 2021 Kuralları md.11 (7), (i) grup şirketler arasındaki finansman anlaşmalarını, (ii) taraf ile vekili arasındaki ücret anlaşmalarını ve (iii) dava tarafının süregelen olağan faaliyetleri kapsamında kredi sağlayan banka gibi dolaylı menfaati bulunan tarafları kapsamamaktadır[179].

---

[175] BALKAR BOZKURT, *Yargılama Masrafları*, s. 214.

[176] *2021 Kuralları*, md.6.

[177] *2021 Kılavuzu*, p. 20.

[178] *Milletlerarası Tahkimde Menfaat Çatışmasına İlişkin Uluslararası Barolar Birliği Kılavuz Rehberi*, md.6.

[179] *2021 Kılavuzu*, p. 21.

Md. 11 (7) hükmünün getirdiği bildirim yükümlülüğüne finansman anlaşmasının şartlarının ve içeriğinin dahil edilmemesi ile, özellikle finansörün yapacağı risk değerlendirmesinin hakem heyeti ve karşı tarafça öğrenilmesinin doğurabileceği adil olmayan sonuçların önüne geçilmiştir[180]. Hükmün finansman anlaşmasını bildirim kapsamının dışında bırakması, gizlilik maddesi içeren bir finansman anlaşmasının yargılama esnasında sunulması ile dava tarafının bu gizliliği ihlal etmek zorunda bırakılması da önlemiştir. Bu noktada ICC'nin üçüncü kişi finansmanının varlığı ve kimliği yanında, anlaşmanın detaylarının da bildirilmesini zorunlu kılan *CIETAC Uluslararası Yatırım Tahkimi Kuralları*[181] ve *HKIAC Tahkim Kuralları*[182] kadar bildirimin kapsamını genişletmediği görülmektedir.

2021 Kuralları ile taraflara üçüncü kişi finansmanını bildirme yükümlülüğü getirilmesi, özellikle hakemler ile uyuşmazlıktan doğrudan ekonomik menfaati olan tüm kişi ve işletmeler arasındaki ilişkilerin bildirilmesi gerekliliğini öngören 2019 Kılavuzu incelendiğinde beklenmedik bir gelişme olmamıştır. HKIAC, CIETAC, *Brezilya-Kanada Ticaret Odası Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi* (CAM-CCBC)[183] ve *Milan Tahkim Enstitüsü* (MCA)[184] gibi kurumların üçüncü kişi finansmanın bildirilmesi yükümlülüğü getiren düzenlemeleri ve ICSID'in de bu yükümlülüğe yer veren "*ICSID Kuralları Değişiklik Tasarısı*" karşısında, ICC'nin de üçüncü kişi finansma-

---

[180] Tahkimde üçüncü kişi finansmanının bildirilmesi yönündeki genel eğilim dikkate alındığında, özellikle yatırım tahkiminde devletlerin anlaşma şartlarının da bildirilmesi yönünde taleplerinin bulunduğu görülmektedir. Bu noktada takdir yetkilerini kullanan hakem heyetleri, finansman anlaşmasının varlığı ve finansörün kimliğinin yanında, anlaşmanın detaylarının da bildirilmesi gerektiğine hükmedebilmektedir. Bu görüşün kabul edildiği bir hakem kararı için bkz. *Muhammet Cap & Sehil Insaat v. Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/12/6.

[181] *CIETAC Yatırım Tahkimi Kuralları*, md.27. Bununla birlikte yatırım tahkiminde ticari tahkime göre şeffaflığın gizliliğe ağır bastığı da dikkate alınmalıdır. Konu hakkında detaylı inceleme için bkz. ATAMAN FİGANMEŞE İnci, "Milletlerarası Ticari Tahkim ile Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 31, S. 1, 2011, ss. 91-152.

[182] *2018 HKIAC Tahkim Kuralları*, md.44 (2), bkz. 2018 HKIAC Administered Arbitration Rules, https://www.hkiac.org/arbitration/rules-practice-notes/hkiac-administered-2018 (Erişim Tarihi: 25.03.2021).

[183] Recommendations regarding the existence of third-party funding in arbitrations administered by CAM-CCBC, https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/en/administrative-resolutions/ar-18-2016-recommendations-regarding-the-existence-of-third-party-funding-in-arbitrations-administered-by-cam-ccbc/ (Erişim Tarihi: 25.03.2021).

[184] *2020 MCA Tahkim Kuralları*, md.43, bkz 2020 MCA Arbitration Rules, https://www.camera-arbitrale.it/upload/documenti/arbitrato/ARBITRATION%20RULES%202020.pdf (Erişim Tarihi: 25.03.2021).

nının bildirilmesi yönündeki eğilime katıldığı gözlenmektedir. Ancak ICC'nin üçüncü kişi finansmanın bildirilmesini zorunlu kılmasına giden yolda, özellikle IBA Menfaat Çatışmaları İlkeleri'nin çok büyük bir etkisi bulunduğu gözlenmektedir.

2021 Kuralları ile eklenen md.11 (7) hükmü, üçüncü kişi finansmanından yararlanan taraflara yalnızca finansörün varlığı ve kimliği ile sınırlı bir bildirim yükümlülüğü getirmektedir. Bu konuda *Stockholm Ticaret Odası Tahkim Enstitüsü*[185] ("SCC") gibi bazı kurumlar, üçüncü kişi finansmanının varlığını bildirme yönünde tarafları sadece "teşvik ederken"; CIETAC ve HKIAC gibi tahkim kurumlarının ise finansman anlaşmasının içeriğini de bildirmeyi zorunlu tuttuğu görülmektedir. Dolayısıyla ICC'nin, özellikle gizlilik maddesi içeren finansman anlaşmalarının bu tür bir şarta uygunluk ile yargılamanın şeffaflığından umulan menfaat arasında dengeli bir yol izlediğini söylemek mümkündür.

6. Taraf Temsilciliğine İlişkin Hakem Heyetinin Yetkilerinin Genişletilmesi

2017 Kuralları	**2021 Kuralları**
Madde 17 - Yetkinin Belgelendirilmesi Tahkim yargılaması başladıktan sonraki herhangi bir zamanda, hakem kurulu veya Sekretarya, herhangi bir taraf temsilcisinden yetki belgesi isteyebilir.	Madde 17 - **Taraf Temsilciliği**[186] (1) **<u>Her bir dava tarafı, temsilciliğindeki herhangi bir</u> değişikliği Sekretarya'ya, hakem kuruluna ve diğer taraflara derhal bildirir.** (2) **Hakem kurulu, oluştuktan sonra ve taraflara makul bir süre içinde yazılı beyanda bulunma fırsatı verdikten sonra, hakemlerin taraf temsilciliğindeki bir değişiklikten kaynaklanan menfaat çatışmalarını önlemek adına, yeni taraf temsilcilerini tahkim yargı-**

[185] SCC Policy Disclosure of Third Parties with an Interest in the Outcome of the Dispute, https://sccinstitute.com/media/1035074/scc-policy-re-third-party-interests-adopted.pdf (Erişim Tarihi: 25.03.2021); SCC ve tahkim kurallarının detaylı incelemesi için bkz. TAN Mine, "Stockholm Ticaret Odası Tahkim Enstitüsü'nde Tahkim", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 23, S. 1-2, 2011, ss. 713-750.

[186] *2021 Kuralları*, md.17 (1-2)'nin İngilizce aslı şu şekildedir: "*1) Each party must promptly inform the Secretariat, the arbitral tribunal and the other parties of any changes in its representation. 2) The arbitral tribunal may, once constituted and after it has afforded an opportunity to the parties to comment in writing within a suitable period of time, take any measure necessary to avoid a conflict of interest of an arbitrator arising from a change in party representation, including the exclusion of new party representatives from participating in whole or in part in the arbitral proceedings.*"

	lamasına katılmaktan tamamen veya kısmen hariç tutmak dahil, gerekli önlemleri alabilir. (3) Tahkim yargılaması başladıktan sonraki herhangi bir zamanda, hakem kurulu veya Sekretarya, herhangi bir taraf temsilcisinden yetki belgesi isteyebilir.

Taraf temsilciliği konusunda ICC'nin 2021 Kuralları ile eklenen yeni md.17 (1) uyarınca artık taraflar, herhangi bir temsilci değişikliğini Sekretarya'ya, hakem kuruluna ve diğer taraflara derhal bildirmekle yükümlüdürler. 2021 Kuralları'nın getirdiği ikinci düzenleme ise md.17 (2) hükmü uyarınca hakem heyetine taraf temsilcisini yargılamanın dışında tutmak da dahil olmak üzere gerekli önlemleri alma yetkisi vermesidir. Bu iki değişiklikle kapsamı neredeyse tamamen değişen maddenin başlığı da "*Yetkinin Belgelendirilmesi*" iken "*Taraf Temsilciliği*" olarak değiştirilmiştir.

Tarafların temsilcilerini belirleyebilmeleri yargılamadaki en temel haklarından biridir. Bu hak, tarafların yargılamanın başında yapacakları temsilci atamalarının yanında yargılama esnasındaki olası temsilci değişikliklerini de kapsamaktadır. Dolayısıyla tarafların temsilcilerini seçme haklarının bir diğer görünümü, seçilen temsilciyi değiştirme hakkıdır. Bu yönde bir ihtiyaç finansal nedenlerden doğabileceği gibi, müvekkilin avukatına olan güvenini kaybetmesi, başka bir avukat aracılığıyla daha iyi temsil edileceğini düşünmesi ya da en basit haliyle, avukatın bürosunu değiştirmesi sebebiyle gündeme gelebilir. Bu tür meşru gerekçelerin yanında, temsilci değişikliği bir tarafın kötü niyetle yargılamayı uzatmak adına başvurabileceği bir araca da dönüşebilir. Bu anlamda bir gerilla taktiği[187] olarak tarafların temsilcilerini değiştirmesi ve böylece yargılamayı uzatması ya da kasıtlı olarak menfaat çatışması yaratması söz konusu olabilir.

Örneğin, *Hrvatska* davasında[188], tahkim yargılaması başladıktan iki yıl sonra ve esasa ilişkin duruşmadan on gün önce, hakem heyeti başkanı ile aynı avukatlar odasına (*chambers*) bağlı çalışan bir avukat, davalı tarafın temsilcisi olarak dosyaya dahil edilmiştir. Ayrıca davalı taraf, bu değişikliği hakem heyeti ve davacıya, değişiklik yapıldıktan çok sonra bildirmiş, yeni taraf temsilcisinin yargılamada ne gibi bir görev üstleneceğine ilişkin sorula-

[187] Örnekler için bkz. HORVATH Günther / Wilske Stephan, **Guerrilla Tactics in International Arbitration**, Kluwer Law International, 2013.

[188] *Hrvatska Elektroprivreda, d.d. v. Republic of Slovenia*, ICSID Case No. ARB/05/24.

rı da cevapsız bırakmıştır. Bunun üzerine davacı, hakem heyeti başkanı ile aynı avukatlar odasına bağlı olan davalının yeni temsilcisinin hakem heyeti başkanının bağımsızlık ve tarafsızlığını zedeleyeceğini düşünerek, temsilcinin dosya dışında bırakılması talebinde bulunmuştur. Bu talep, hakem heyeti tarafından kabul edilmiştir[189]. Taraf temsilcisinin davadan hariç tutulmasına ilişkin 2008'de verilen bu karar, tahkim dünyasında büyük yankı uyandırmış ve hakemlerin bir taraf temsilcisini davadan hariç tutma yetkisinin olup olmadığı tartışmalarını beraberinde getirmiştir[190]. Bu tartışmalar diğer birtakım ICSID davalarına da konu olmuştur[191].

IBA'nın 2013 yılında yayınladığı *Milletlerarası Tahkimde Taraf Temsiline İlişkin Kılavuz İlkeleri*'nde ("IBA Taraf Temsili Rehberi") taraf temsilcisi değişikliğine ilişkin önemli düzenlemelere yer verilmiştir[192]. IBA Taraf Temsili Rehberi md.4.[193], taraf temsilcilerinin kimliklerini hakem heyeti ve diğer dava taraflarına bildirmesi gerektiğini, ayrıca bu kişilerin temsilci değişikliklerinden de derhal haberdar edilmesi gerektiğini düzenlemiştir. Rehberin 5. maddesinde[194] ise hakem heyeti teşekkül ettikten sonra, davaya dahil edilmek istenen taraf temsilcisinin, hakemlerden biri ile menfaat çatışması yaratabilecek bir ilişkisi olduğunda temsil görevini kabul etmemesi gerektiği düzenlenmiştir. Fakat taraf temsilcisi ile hakem arasındaki böyle bir ilişki

---

[189] *Hrvatska* davasında verilen, taraf temsilcisinin yargılamadan hariç tutulmasına ilişkin hakem kararının özeti için bkz. RAU Alan Scott, "Arbitrators Without Powers? Disqualifying Counsel in Arbitral Proceedings", **Arbitration International** (ed. William Park), Oxford University Press, 2014, C. 30, S. 3, s. 463 vd.

[190] Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. RAU, s. 457-512; WAINCYMER Jeffrey, "Reconciling Conflicting Rights in International Arbitration: The Right to Choice of Counsel and the Right to an Independent and Impartial Tribunal", **Arbitration International** (ed. William Park), Oxford University Press, C. 26, S. 4, 2010, ss. 597-623.

[191] *Rompetrol Group NV v. Romania*, ICSID Case No. ARB/06/03; *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. The Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/03/25.

[192] IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration, https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=6F0C57D7-E7A0-43AF-B76E-714D9FE74D7F (Erişim Tarihi: 25.03.2021). İlkelerin Türkçe versiyonu için bkz. Milletlerarası Tahkimde Taraf Temsiline İlişkin Kılavuz İlkeleri, https://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx (Erişim Tarihi: 25.03.2021).

[193] *IBA Taraf Temsili Rehberi*, md.4: "*Taraf Temsilcileri, kendilerini mümkün olan ilk fırsatta karşı Tarafa ve Hakem Heyetine tanıtmalıdır. Söz konusu temsil ilişkisinde herhangi bir değişiklik olması halinde, ilgili Taraf derhal Hakem Heyetine ve diğer Tarafa bilgi vermelidir.*"

[194] *IBA Taraf Temsili Rehberi*, md.5: "*Hakem Heyetinin oluşturulmasını takiben, ilgili kişi ile Hakemlerden birisi arasında menfaat çatışması yaratabilecek bir ilişkinin bulunması durumunda, söz konusu kişi tahkim yargılamasında Taraf Temsilcisi olmayı kabul etmemelidir; meğerki bu ilişkinin tam anlamıyla ifşa edilmesinden sonra Taraflar herhangi bir itirazda bulunmuş olsun.*"

taraflara bildirildikten sonra, taraflar bu hususa itiraz etmez ise, ilgili taraf temsilcisinin davada görev alabileceği de hükümde istisna olarak yer almıştır. IBA Taraf Temsili Rehberi md.6 ise, bahsi geçen 5. maddeye aykırı davranılması halinde, hakem heyetinin yargılamanın düzenini korumak adına ilgili taraf temsilcisini davadan tamamen veya kısmen hariç tutmayı da içermek üzere, çeşitli önlemlere başvurabileceğini düzenlemiştir[195].

Yine 2014 ve 2020 LCIA Tahkim Kuralları md.18 (3)'te tarafların, hakem heyetinin kurulmasından sonra yapmayı düşündükleri veya yaptıkları temsilci değişikliklerini hakemlere, diğer dava tarafına ve LCIA Sekretaryası'na bildirmesi gerektiği düzenlenmiştir[196]. Ayrıca, taraf temsilcisi değişikliğinin hakem heyetinin bütünlüğünü ve verilecek hakem kararının nihailiğini olumsuz etkileme ihtimali bulunduğu takdirde, hakemlere söz konusu taraf temsilcisi değişikliğine müsaade etmeme yetkisi verilmiştir[197]. Bir başka deyişle, LCIA Tahkim Kuralları uyarınca temsilci değişikliği hakem heyetinin onayına tabi kılınmıştır.

ICC'nin 2017 Kuralları incelendiğinde ise, md.22 (2) ile davanın etkin yönetimini sağlamak adına hakem heyetine geniş yetkiler verildiği görülmektedir[198]. Ayrıca 2019 Kılavuzu'nda ICC, taraflara ve hakem heyetlerine *IBA Taraf Temsili Rehberi*'ni kullanmalarını önermektedir[199]. Bu iki hüküm birlikte okunduğunda, 2017 Kuralları'na göre, hakemlerin yargılamanın gecikmesine sebebiyet verebilecek taraf temsilcisi değişikliklerine müsaade

---

[195] *IBA Taraf Temsili Rehberi*, md.6: "*Kılavuz İlkelerin 5. maddesinin ihlali halinde, Hakem Heyeti yargılamanın güvenilirliğini sağlamak için, yeni Taraf Temsilcisinin tahkim yargılamasının tamamına veya bir bölümüne katılmasını engellemek de dâhil olmak üzere, uygun bulduğu önlemleri alabilir.*"

[196] *2020 LCIA Tahkim Kuralları*, md.18 (3): "*Hakem heyetinin teşekkül etmesinden sonra, tarafların vekillerini değiştirmelerine veya yeni bir vekil tayin etmelerine ilişkin bir niyetleri bulunduğunda yahut bir değiştirme veya ekleme gerçekleştiği takdirde bu durum yazılı olarak derhal diğer tüm dava taraflarına, hakem heyetine, hakem sekreterine, Sekretarya'ya bildirilmelidir ve istenilen bu değişiklik veya ekleme ancak bu durumun hakem heyeti tarafından onaylanması üzerine yürürlüğe girecektir.*" (Serbest çeviri usulü ile yazar tarafından çevrilmiştir).

[197] SCHERER Maxi, "Conduct of Legal Representatives under the 2014 LCIA Arbitration Rules: How to Apply the New Provisions", Kluwer Arbitration Blog, http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/03/23/conduct-of-legal-representatives-under-the-2014-lcia-arbitration-rules-how-to-apply-the-new-provisions/ (Erişim Tarihi: 25.03.2021).

[198] *2017 Kuralları*, md.22 (2): "*Hakem kurulu, etkin bir dava yönetimi sağlamak amacıyla, taraflara danıştıktan sonra ve tarafların anlaşmasına aykırı olmamak kaydıyla gerekli gördüğü usuli tedbirleri alır.*"

[199] *2019 Kılavuzu*, p. 48.

etmeme yetkisi olduğu düşünülebilir. Ancak bu yönde somut bir düzenlemenin bulunmaması hakemleri bu yetkiyi kullanırken tedbirli olmaya yöneltmiştir. Nitekim hakemlerin uygulamada, görev belgesi veya birinci usuli kararda (*Procedural Order No 1*) tarafların temsilcilerine ilişkin değişiklikleri bildirmesi gerektiği ve hakem heyetinin temsilciler üzerinde tedbirler alabileceği yönünde hükümler koydukları ve bu yetkilerini şüpheye yer bırakmayacak şekilde tesis ettikleri görülmektedir[200]. Ancak, 2021 Kuralları'nın 17. maddesinde, hakem heyetinin bu yetkisi açıkça düzenlenerek uygulamadaki belirsizlik giderilmiştir.

2021 Kuralları'nda md.17 (1)'de öncelikle taraflar, temsilci değişikliklerini derhal Sekretarya'ya, hakem heyetine ve diğer dava taraflarına bildirmekle yükümlü kılınmıştır. IBA Taraf Temsili Rehberi ile aynı doğrultuda olan bu hüküm, tüm tarafların, temsilci değişikliği konusunda derhal bilgilenmesini sağlamakta ve hakemlerin md.17 (2)'ye göre yapacakları değerlendirme açısından önem taşımaktadır.2021 Kuralları md.17 (2) uyarınca ise hakem kurulu, oluştuktan sonra ve taraflara makul bir süre içinde yazılı beyanda bulunma fırsatı verdikten sonra, hakemlerin taraf temsilciliğindeki bir değişiklikten kaynaklanan menfaat çatışmalarını önlemek adına, yeni taraf temsilcilerini tahkim yargılamasına katılmaktan tamamen veya kısmen hariç tutmak dahil olmak üzere, gerekli önlemleri alabilir. Ayrıca, hakem heyeti taraf temsilcisinin vaziyeti hakkında karar verirken aşağıda sayılan ve benzeri diğer hususları göz önünde bulunduracaktır[201]:

- Dava tarafının söz konusu temsilci olmaksızın uygun bir şekilde temsil edilip edilemeyeceği,
- Söz konusu temsilcinin dosyaya dahil olma zamanlaması,
- Taraf temsilcisinin dosyaya dahil olması ile hakemlerden birine yönelebilecek hakemin reddi talebinin olumlu sonuçlanması halinde yargılamanın sekteye uğraması ihtimali.

2021 Kuralları'nda 17. maddeye eklenen hükümlerle, tarafların bir taktik olarak menfaat çatışmasına sebep olacak temsilci değişikliği yapmaları ve böylece

---

[200] LEOVEANU Alina / GIOSAN Radu, "The 2021 ICC Arbitration Rules: Changes to the Arbitral Tribunal's Powers", Kluwer Arbitration Blog, http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/01/04/the-2021-icc-arbitration-rules-changes-to-the-arbitral-tribunals-powers/ (Erişim Tarihi: 25.03.2021).

[201] *2021 Kılavuzu*, p. 15.

tahkim sürecini sürüncemede bırakmaları önlenmek istenmiştir. Bunun için de hakem heyetine, dava tarafının seçtiği temsilciyi yargılamanın dışında tutmak dahil gerekli önlemler alma yetkisi bahşedilmektedir. Hakem heyetine bahşedilmiş böyle bir yetkinin, taraf iradelerine aykırı olacağı ve tarafların adil yargılanma hakları kapsamında temsilcilerini serbestçe seçme haklarını ihlal edeceği düşünülebilir. Ancak md.17 (2)'de hakem heyetinin bu tür önlemleri alma yetkisi, hakemler ile taraf temsilcisi arasında olası menfaat çatışmalarını önlemekle sınırlandırılmıştır. Bu tür menfaat çatışmalarının hakemlerin tarafsızlığına ve bağımsızlığına gölge düşürme ihtimali karşısında, md.17 (2) esasında hakem kararının geçerliliğini tesis eden bir düzenlemedir. Özellikle hakem kararının tarafsız ve bağımsız bir hakem heyetince verilmesinin kamu düzeninden kabul edildiği dikkate alınırsa[202], temsilci değişikliği konusunda taraf iradelerine üstünlük tanınmaması gerekir. Nitekim ICC Tahkim Kuralları da hakem heyetlerinin, geçerli bir hakem kararı verilmesi için her türlü çabayı göstereceğini ve davanın etkin yönetimi için gerekli usuli tedbirleri alacağını düzenlemektedir[203]. 2019 Kılavuzu'nda da hakem heyetinin taraf temsilcisinin davanın dışında tutulması dahil önlemler alması gerektiğini öngören IBA Taraf Temsili Rehberi'nin kullanılmasının önerildiği dikkate alındığında, ICC bünyesinde hakemlerin bu tür yetkileri açıkça düzenlenmemiş olsa bile bu yetkilerinin mevcut olduğu sonucu çıkarılabilir. ICC, 2021 Kuralları md.17 ile hakemlerin bu yetkisini düzenleyerek olası tereddütleri gidermektedir. Son olarak belirtilmelidir ki hakem heyeti temsilci değişikliğine ilişkin önlem alırken, tarafların beyanlarına başvurmakla yükümlü kılındığından ve 2021 Kılavuzu'nda yer verilen hususları göz önünde bulunduracağından, md.17'nin uygulama alanının oldukça sınırlı olduğu söylenebilir.

7. ICC Divanı'nın Tahkim Anlaşmasında Öngörülenden Farklı Bir Hakem Atama Usulü Belirleyebilme Yetkisi

2021 Kuralları ile hakem kurulunun oluşturulmasına ilişkin md.12'ye "*Tarafların hakem kurulunun oluşturulması usulüne dair herhangi bir anlaşması olsa bile, istisnai hallerde Divan, hakem kararının geçerliliğini etkileyecek ciddi bir eşitliğe aykırı ve adil olmayan muamele riskinden kaçınmak adına, hakem kurulunun her bir üyesini atayabilir*."[204] hükmünü düzen-

---

[202] BALKAR BOZKURT, *Bağımsızlık*, ss. 411-412.

[203] Bkz. dn. 207.

[204] *2021 Kuralları*, md.12 (9)'un İngilizce aslı şu şekildedir: "*Notwithstanding any agreement by the parties on the method of constitution of the arbitral tribunal, in exceptional circumstances the Court may appoint each member of the arbitral tribunal to avoid a significant risk of unequal treatment and unfairness that may affect the validity of the award.*"

leyen 9. fıkra eklenmiştir. Taraf iradelerinin çok önemli olduğu tahkim yargılamasında, Divan'a taraf iradelerinin aksine hakem atayabilme yetkisi veren bu hüküm, pek çok tartışmayı da beraberinde getirmektedir.

Divan'ın hakem heyetinin her bir üyesini atama yetkisi esasında 2017 Kuralları md.12 (8)[205] kapsamında düzenlenmiş bir yetkidir. 2017 Kuralları md.12 (8) uyarınca, davacı veya davalının birden fazla taraftan oluştuğu hallerde, atanacak hakemde ortak bir karara varılamaması halinde, Divan hakem heyetinin her bir üyesini atayabilmekte ve hakem heyeti başkanını belirleyebilmektedir. Ancak Divan'ın bu yetkisi 2017 Kuralları uyarınca yalnızca uyuşmazlığın ikiden fazla tarafı bulunduğu veya tahkim davasına yeni bir tarafın katıldığı hallerde ve hakem atama usulü konusunda tarafların anlaşamaması halinde mevcuttur. 2021 Kuralları ile eklenen md.12 (9) ile Divan'ın md.12 (8)'de düzenlenen bu yetkisi, davanın taraf sayısına ve tarafların hakem atama usulünde anlaşmış olmalarına bakılmaksızın uygulanacak şekilde genişletilmiştir.

2021 Kuralları md.12 (9) uyarınca Divan, hakem heyetinin taraf anlaşmasına göre teşekkülünün, hakem kararının geçerliliğini etkileyecek şekilde ciddi bir eşitliğe aykırı ve adil olmayan muamele riski taşıdığı hallerde, tarafların aksi yönde bir anlaşması bulunsa dahi, hakem heyetinin her bir üyesini tayin edebilecektir. Bu hüküm ile yargılamada taraflar arasında eşitliğin sağlanmasının ve dolayısıyla icra edilebilir bir hakem kararı verilmesinin, taraf iradesinin üstünde tutulduğu anlaşılmaktadır. Bu anlamda Madde 12 (9) hükmü, tarafların hakem heyetinde eşit temsil edilmeyişinin kamu düzenine aykırılık kabul edildiği ve bu sebeple hakem kararının iptaline hükmedildiği *Dutco* kararının çıktıları ile uyumludur[206].

2021 Kuralları'ndan önce Divan'ın tarafların tahkim anlaşmalarındaki hakem heyetinin kuruluş usulüne müdahale etmesinin 42. madde[207] altında değer-

---

[205] *2017 Kuralları*, md.12 (8): "*Madde 12 (6) veya 12 (7)'ye göre müşterek bir aday gösterilememiş ve hakem kurulunun oluşumu için taraflar ortak bir usul üzerinde anlaşamamışlar ise Divan, hakem kurulunun bütün üyelerini atayabilir ve aralarından birini hakem kuruluna başkanlık etmek üzere tayin eder. Bu durumda Divan, uygun gördüğü hallerde Madde 13'ü uygulamak yoluyla uygun bulduğu herhangi bir kişiyi hakem seçmekte serbesttir.*"

[206] Bkz. dn. 29; Hakem kararlarının kamu düzeni yönünden incelenmesi hakkında bkz. EKŞİ Nuray, "Yargıtay Kararları Işığında Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 40, S. 1, 2020, ss. 143-201; Hakem heyetinin teşekkülünün tarafsızlık ve bağımsızlık yükümlülüğü bağlamında kamu düzeni çerçevesinde değerlendirilmesi ve doktrindeki farklı görüşlere ilişkin inceleme ve eleştiri için bkz. BALKAR BOZKURT, *Bağımsızlık*, ss. 362-375.

[207] "*Bu Kurallar'da açıkça öngörülmemiş her hususta, Divan ve hakem kurulu bu Kurallar'ın ruhuna göre hareket eder ve kararın hukuken icra edilebilmesini temin için her türlü gayreti sarf eder.*"

lendirildiği belirtilmelidir. ICC Kuralları'nın önceki versiyonlarında bulunan ve 2021 Kuralları'nda muhafaza edilen 42. madde, Divan'ın ve hakem heyetlerinin, kuralların ruhuna göre hareket ederek, icra edilebilir bir hakem kararının verilmesi için her türlü çabayı göstereceğini düzenlemektedir. Bu hüküm Divan'a ve hakem heyetlerine, hakem kararının icra edilebilirliğine yönelen olası tehditleri bertaraf etme ve hakem kararının tahkim yeri hukukuna göre geçerli olması için gerekli önlemleri alma yetkisi vermektedir[208]. Dolayısıyla 2021 Kuralları'nın yürürlüğe girmesinden önceki dönemde de tarafların hakem heyetinin kuruluşuna ilişkin tahkim yeri hukukuna göre müsaade edilmeyen bir anlaşma yaptığı durumlarda, Divan'ın 42. maddeye dayanarak hakem heyetinin kuruluş usulüne müdahale edebildiği belirtilmektedir[209]. Ancak 2021 Kuralları Divan'a, tarafların tahkim anlaşmalarıyla bağlı kalmadan hakem heyetinin kuruluş usulüne müdahale etme yetkisini açıkça vermektedir.

Md. 12 (9) hükmü Divan'ın, tarafların anlaşmalarına bağlı kalmaksızın hakem heyetini atama yetkisini "*istisnai hallerde*" ve "*hakem kararının geçerliliğini etkileyecek ciddi bir eşitliğe aykırı ve adil olmayan muamele riskinden kaçınmak adına*" kullanabileceğini belirtmektedir. 2021 Kılavuzu'nda ise Divan'ın, kararın geçerliliğini riske atacak, adil olmayan tahkim anlaşmalarını göz ardı ederek hakem heyetini oluşturabileceği ifade edilmektedir[210]. Söz konusu istisnai halin ne olduğu belirli olmadığından, hangi tahkim anlaşmalarının bu kapsamda sayılacağı tamamen Divan'ın takdir yetkisine bırakılmıştır[211]. Bu istisnai duruma 2021 Kılavuzu'nda örnek olarak, tahkim anlaşmasında bir tarafın tüm hakemleri atayacağına ilişkin bir hükmün yer alması ve tahkim yeri hukukunun buna cevaz vermemesi gösterilmektedir[212].

---

[208] SPOORENBERG Frank, "Chapter 17, Part II: Commentary on the ICC Rules", **Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide** (ed. Manuel Arroyo), İkinci Bası, Kluwer Law International, 2018, s. 2501.

[209] LEOVEANU / GIOSAN, "The 2021 ICC Arbitration Rules: Changes to the Arbitral Tribunal's Powers".

[210] *2021 Kılavuzu*, p. 43.

[211] Hakem heyetinin oluşumunda, hakemlerin bağımsızlık yükümlülüğüne aykırılığın kamu düzenine aykırılık veya usulsüzlük bağlamında hakem kararının iptaline veya tenfizinin reddine sebep olabileceği durumlara örnekler ve detaylı inceleme için bkz. BALKAR BOZKURT, *Bağımsızlık*, ss. 362-376; BALKAR BOZKURT Süheyla, "Hakemlerin Tarafsızlık ve Bağımsızlık İlkelerine Aykırılığın Tenfiz Engelleri Açısından Değerlendirilmesi", **Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Güncel Gelişmeler** (ed. Süheyla Balkar Bozkurt), On İki Levha, İstanbul, 2018, ss. 125-138.

[212] *2021 Kılavuzu*, p. 43.

2021 Kuralları'nda ve 2021 Kılavuzu'nda, md.12 (9) uyarınca Divan'ın tarafların anlaşmasının aksine hakem heyetini atama yetkisini kullanacağı haller belirtilmiş değilse de açıkça hakkaniyete aykırı bir atama usulü içeren tahkim anlaşmalarının bu kapsamda sayılacağı söylenebilir[213]. Özellikle bir tarafın hakem atama usulünde yargılamanın kontrolünü ele geçirecek kadar yetkilendirildiği anlaşmaların, Divan tarafından göz ardı edilmesi muhtemel görünmektedir. Örneğin bir tarafın süresi içinde hakem atamaması üzerine diğer tarafın onun adına hakem atayabileceği veya atadığı hakemin tek hakem olarak görev yapacağı ya da taraflardan birinin hakem heyetinin çoğunluğunu, tek hakemi veya hakem heyeti başkanını atayacağı yönünde hükümleri içeren anlaşmalar, Divan'ın müdahalesi ile karşılaşabilecek anlaşmalar arasında sayılabilir[214].

Buna karşılık, 2021 Kılavuzu'nda md.12 (9) hükmü için verilen örnekte yalnızca taraflar arasında hakkaniyete aykırı bir sözleşmenin bulunmasının değil, bunun aynı zamanda tahkim yeri hukukuna aykırılık teşkil etmesi durumu örnek gösterildiğinden; ICC'nin md.12 (9) ile aslında tarafların iradelerine rağmen taraflar arasındaki eşitliği sağlamayı değil, verilecek kararın icra edilebilir bir karar olmasını temin etmeyi hedeflediği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla md.12 (9) hükmünün çoğunlukla, tarafların belirlediği hakem atama usulünün tahkim yeri hukukuna ve/veya kamu düzenine aykırı olduğu anlaşmalar bakımından uygulanacağı söylenebilir[215].

Ayrıca ifade etmek gerekir ki, tarafların sözleşmelerindeki hakem atama usulünü dikkate almadan hakem heyetinin üyelerini kendisinin atadığı durumda Divan, 2021 Kuralları Ek II'ye ("ICC Tahkim Divanı İç Tüzüğü", "İç Tüzük") eklenen md.5 uyarınca, talep üzerine, atamaya ilişkin kararının gerekçelerini taraflara tebliğ edecektir[216].

---

213 BALKAR BOZKURT, *Bağımsızlık*, s. 367.

214 LEOVEANU / GIOSAN, "The 2021 ICC Arbitration Rules: Changes to the Arbitral Tribunal's Powers".

215 Örneğin Alman hukukunda, taraflardan birine diğerinden daha üstün haklar tanıyan, hakem ataması prosedürüne yönelik anlaşmalar iptal edilebilmektedir. Şöyle ki, hakem atanması konusunda kendisine daha az hak tanınan taraf, taraf anlaşmasını bertaraf ederek, mahkemeden hakemlerin atanmasını isteyebilmektedir. Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. GOMEZ-ACEBO Alfonso, **Party-Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration**, Kluwer Law International, 2016, ss. 47-48; Buna karşılık, İngiliz Tahkim Kanunu'nda ise, aksi yönde anlaşma olmadıkça, üç hakemli bir hakem heyetinin kurulması esnasında taraflardan birinin hakemini verilen sürede atamadığı takdirde, hakemini atamış olan diğer dava tarafının, atadığı hakemin tek hakem olarak davayı görmesini isteyebileceği düzenlenmiştir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. BORN, s. 1821.

216 *İç Tüzük*, md.5'in incelendiği bölüm için bkz. "Divan Kararlarının Gerekçelerinin Taraflara Bildirilmesi".

Öte yandan, md.12 (9) hükmüyle Divan'a bahşedilen bu yetkinin gündeme getirebileceği sorun, bu hükmün uygulandığı bir davada verilecek kararın UNCITRAL Model Kanun md.34 (2) (a) (iv)[217] gibi hükümleri barındıran tahkim yeri kanunlarına göre iptal edilmesi ve New York Konvansiyonu md.5 (1) (d)[218]'ye göre ise tenfizinin reddedilmesi riskidir[219]. Zira taraflardan birinin, hakem heyetinin teşekkülünün tahkim anlaşmasında belirlenen usule uygun olmadığını ileri sürerek tenfiz talebinin reddedilmesi gerektiğini ileri sürmesi mümkündür. Bu noktada, tarafların ICC Tahkim Kuralları'nı seçerek md.12 (9)'u öngördükleri ve kabul ettikleri, dolayısıyla Divan'ın belirleyeceği hakem atama usulünün taraf iradesini yansıttığı düşünülebilir[220]. Ancak böyle bir bakış açısı 2021 Kuralları'nı bilerek seçen taraflar için söz konusu olabilirken, 2021 Kuralları yürürlüğe girmeden önce sözleşmelerine güncel ICC Kuralları'nın uygulanacağını kararlaştıran taraflar bakımından şüphelidir. Tarafların sadece ICC Kuralları'na atıf yaptığı sözleşmeye dayanan bir tahkim davasının, 2021 Kuralları'nın yürürlüğe girmesinden sonra başlatılması halinde, taraflara uygulanacak olan md.12 (9)'un taraf iradelerini yansıtmayacağı ve taraflarca öngörülmediği söylenebilir[221].

Bu noktada belirtilmelidir ki hakem heyetinin taraf iradelerine aykırı teşekkül etmesi ile kamu düzenine aykırı teşekkül etmesi farklı sonuçlar doğurur. Zira hakem heyetinin taraf iradelerinin aksine teşekkül etmesi, ileri sürülmesi gereken bir tenfiz engeli iken; kamu düzenine aykırı teşekkül etmiş bir hakem heyetinin varlığı, re'sen dikkate alınacak bir tenfiz engelidir. 2021 Kuralları md.12 (9)'un Divan'a verdiği yetki, eşitliğe aykırı ve adil olmayan, yani kamu düzenine aykırı sayılabilecek bir ha-

---

[217] *UNCITRAL Model Kanun*, md.34 (2) (a) (iv): "*Bir hakem kararı Madde 6'da belirtilen mahkeme tarafından yalnızca şu hallerde iptal edilebilir: (...) (a) Başvuran taraf şu hususlardan birini ispatladığı takdirde: (...) (iv) hakem heyetinin teşekkülünün veya tahkim yargılaması usulünün tarafların anlaşmasına aykırı olduğunu (...).*" (Serbest çeviri usulü ile yazarlar tarafından çevrilmiştir).

[218] Bkz. dn. 63.

[219] HOSKING Ruth, "Article 12(9) Of New ICC Rules: Is Party Autonomy Really Being Eroded?", Thomson Reuters Practical Law Arbitration Blog, http://arbitrationblog.practicallaw.com/article-129-of-new-icc-rules-is-party-autonomy-really-being-eroded/ (Erişim Tarihi: 26.03.2021).

[220] HOSKING Ruth, "Article 12(9) Of New ICC Rules: Is Party Autonomy Really Being Eroded?".

[221] ORIELLI Mariella / DODGE Kirstin / MEINERI Pietro, "ICC Arbitration Rules, Keeping Up with Evolving Trends", https://www.homburger.ch/en/insights/icc-arbitration-rules-keeping-up-with-evolving-trends (Erişim Tarihi: 26.03.2021).

kem atama usulünün seçilmesi halinde söz konusudur[222]. Kamu düzenine aykırılığın bulunduğu durumlarda ise taraf iradelerinin oynadığı rol kısıtlıdır[223]. Özellikle hakem heyetinin tarafsızlığına ve bağımsızlığına halel getirebilecek bir atama usulünde, milletlerarası tahkimin usuli kamu düzeni ve evrensel ilkeleri ihlal edileceğinden, taraf iradelerine etki tanınmaması gerektiği belirtilmektedir[224]. Md. 12 (9)'un belirttiği "*istisnai*" halin de bu doğrultuda yorumlanması gerekir.

2021 Kuralları md.12 (9), geçerli bir hakem kararı verilmesini temin ederken, bir yandan da Divan'a taraf iradelerini yok sayma yetkisi tanımaktadır. Taraf iradelerinin dikkate alınmaması her ne kadar bir tenfiz engeli olarak ileri sürülebilecekse de hakem kararının geçerliliğini sağlamak adına kamu düzenine aykırı taraf iradelerinin dikkate alınmaması gerekir. 2021 Kuralları md.12 (9) uyarınca Divan'ın hakem atama yetkisi, hakem atama usulüne ilişkin taraf eşitliğine aykırı ve adil olmayan bir durumun bulunduğu ve bu durumun hakem kararının geçerliliğini etkileyebileceği, "*istisnai*" hallerde doğmaktadır. Söz konusu istisnai hal, kamu düzenine aykırılık oluşturabilecek bir hakem atama usulünün varlığı olarak yorumlandığında, md.12 (9)'un taraf iradelerine aykırılık sebebiyle kararın geçerliliğini etkilemeyeceğini söylemek mümkündür.

---

[222] Bu mesele, Türk Hukukunda Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun vermiş olduğu 1999 tarihli bir karar vasıtasıyla tartışılmıştır. Karar için bkz. *Yargıtay Kararları Dergisi*, 2/2000, s. 183-186. Ayrıca bkz. NOMER Ergin, "Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni Müdahalesi", **Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan**, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl. 19-20, S. 1-2, 1999-2000, ss. 555-558; ŞANLI, s. 500-502; BALKAR BOZKURT, *Bağımsızlık*, s. 363 vd. ve bilhassa ss. 370-376.

[223] BALKAR BOZKURT, *Bağımsızlık*, s. 411.

[224] BALKAR BOZKURT, *Bağımsızlık*, ss. 411-412; NOMER, s. 555 vd.

8. Diğer Yenilikler

A. Ek Karar Başvurusu

2017 Kuralları	**2021 Kuralları**
Madde 36 - Kararın Düzeltilmesi ve Yorumlanması; Kararların İadesi (...) (3) Karar'ın düzeltilmesi veya yorumlanması kararı, ek halinde düzenlenir ve kararın bir parçasını oluşturur. Madde 32, 34 ve 35 hükümleri şartları uygun düştüğü ölçüde uygulanır. (4) Herhangi bir mahkemenin, hakem kurulu kararını kurula iade etmesi durumunda Madde 32, 34, 35 ve işbu Madde 36 hükümleri, söz konusu iadenin şartları uyarınca verilen karar ve karar eklerine şartları uygun düştüğü ölçüde uygulanır. Divan, hakem kurulunun bu tür bir iadenin şartlarına uymasını sağlayan, hakem kurulunun ek ücretleri ve masrafları ile ICC'nin ek idari masraflarını kapsayan bir avansın belirlenmesi için gerekli her türlü önlemi alabilir. (...)	Madde 36 - Kararın Düzeltilmesi ve Yorumlanması; **Ek Karar**; Kararların İadesi[225] (...) (3) **Tahkim yargılamasında ileri sürülen talepler hakkında hakem kurulunun karar vermeyi atlaması durumunda bir tarafın ek karar başvurusu, hakem kararının ilgili tarafa bildirilmesinden itibaren 30 gün içinde Sekretarya'ya yapılır.** (4) **Madde 36 (2) veya 36 (3)'e göre yapılan başvurunun hakem kuruluna iletilmesi üzerine kurul, diğer taraf veya taraflara, görüşlerini sunabilmeleri için başvurunun ilgili taraf veya taraflara bildirilmesinden itibaren normalde 30 günü geçmeyen kısa bir süre verir. Hakem kurulu, diğer taraf veya taraflara görüşlerini bildirmesi için verilen sürenin dolmasından itibaren en fazla 30 gün içinde veya Divan tarafından tanınan başka bir sürede başvuru ile ilgili kararını taslak halinde Divan'a sunar. Hakem kararının düzeltilmesi veya yorumlanması kararı, ek halinde düzenlenir ve kararın bir parçasını oluşturur. 3. fıkrada düzenlenen başvurunun kabulü kararı bir ek karar halinde düzenlenir. Madde 32, 34 ve 35 hükümleri şartları uygun düştüğü ölçüde uygulanır.** (...)

[225] *2021 Kuralları*, md.36 (3-4)'ün İngilizce aslı şu şekildedir: "*3) Any application of a party for an additional award as to claims made in the arbitral proceedings which the arbitral tribunal has omitted to decide must be made to the Secretariat within 30 days from receipt of the award by such party. 4) After transmission of an application pursuant to Articles 36(2) or 36(3) to the arbitral tribunal, the latter shall grant the other party or parties a short time limit, normally not exceeding 30 days, from receipt of the application by that party or parties, to submit any comments thereon. The arbitral tribunal shall submit its decision on the application in draft form to the Court not later than 30 days from expiry of the time limit for the receipt of any comments from the other party or parties or within such other period as the Court may decide. A decision to correct or to interpret the award shall take the form of an addendum and shall constitute part of the award. A decision to grant the application under paragraph 3 shall take the form of an additional award. The provisions of Articles 32, 34 and 35 shall apply mutatis mutandis.*"

Hakem kararından memnun olmayan tarafın, söz konusu hakem kararına karşı tahkim yeri mahkemelerinde iptal davası açması mümkündür. Ayrıca, karar iptal edilmeksizin, kararın düzeltilmesi (*correction*), yorumlanması (*interpretation*) veya ek karar verilmesi (*additional award*) de başvurulabilecek diğer yollar arasında yer almaktadır[226].

2017 Kuralları, bahsedilen başvuru yollarından yalnızca kararın düzeltilmesi ve yorumlanması kurumlarını içermektedir. Kurallar her ne kadar ek karar verilmesi usulünü düzenlemese de tahkim yeri hukukunda böyle bir usul öngörüldüğü takdirde[227] tarafların bu hukuka dayanarak hakem heyetine başvurup ek karar verilmesini isteyebileceği, 2017 Kuralları'nın bunu yasaklamadığı[228], hatta bu başvuruların Divan tarafından kabul edildiği ifade edilmektedir[229]. Fakat tahkim yeri hukuku böyle bir usule izin vermiyorsa, dava sırasında herhangi bir talebi karara bağlanmayan tarafın, tahkim yeri mahkemesinden hakemlerin kendilerine sunulan bir talebi kararı bağlamadıkları gerekçesiyle (*infra petita*) hakem kararının iptalini istemekten veya karara bağlanmayan talepleri için yeni bir tahkim davası başlatmaktan başka seçenekleri kalmamaktadır.

2021 Kuralları md.36. ile ICC, dava taraflarının hakem kararının iptali sürecinde kaybedeceği zaman ve masraflardan tasarruf edilmesi adına taraflara ek karar başvurusu yapma imkânı tanımıştır[230]. Bu doğrultuda, talebinin

---

[226] Hakem kararının düzeltilmesi, kararda yer alan hesap veya yazım hatalarının tavzihini hedeflerken, hakem kararının yorumlanması usulü ile kararın ilgili kısımlarının daha açıklayıcı olarak anlatılması amaçlanmaktadır. Ek karar verilmesiyle ise hakemlerin tahkim davası esnasında taraflarca ileri sürülen bir talebi karara bağlamayı atladıkları hallerde hakem heyetinden bu konu hakkında karar vermesi talep edilmektedir. Karar sonrası başvuru yolları için bkz. AKINCI, ss. 324-327.

[227] Türk hukukunda ek karar verilmesi usulü, Milletlerarası Tahkim Kanunu'ndaki adıyla hakem kararının tamamlanması, kanunun 14. maddesinde düzenlenmiştir. Türk tahkim hukukundaki hakem kararının tamamlanması, yorumlanması ve düzeltilmesi prosedürlerinin detaylı incelemesi için bkz. KALAFATOĞLU Mehmet Polat, "Milletlerarası Tahkim Kanunu Uyarınca Hakem Kararı Hakkında Düzeltme, Yorum ve Tamamlama Kararları ve Bu Kararların İptal Davası Açma Süresine Etkisi", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 40, S. 1, 2020, ss. 25-53.

[228] LENGGENHAGER Fadri, "Chapter 17, Part II: Commentary on the ICC Rules, Article 36 [Correction and Interpretation of the Award; Remission of Awards]", **Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide** (ed. Manuel Arroyo), İkinci Bası, Kluwer Law International, 2018, s. 2461.

[229] Bkz. ICC Divan Başkanı'nın Mesajı.

[230] 2021 Kuralları'na dahil edilen ek karar başvurusu mekanizması, yakın zamanda yapılan değişiklikle İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nda da ilk defa düzenlenmiştir. Kanuna getirilen yenilikler hakkında detaylı bir inceleme için bkz. HABEGGER Philipp, "Das Parla-

hakem heyeti tarafından karara bağlanmadığı iddiasında olan dava tarafı, ek karar verilmesi yönündeki talebini, hakem kararının kendisine tebliğinden itibaren 30 gün içinde ICC Sekretaryası'na iletmelidir[231]. Bu talep üzerine dosya, Sekretarya tarafından hakem heyetine tevdi edilir. Hakem heyeti, diğer dava tarafına beyanda bulunmak üzere 30 günü aşmayacak bir süre verir ve bu sürenin (veya Divan tarafından tayin edilen sürenin) sona ermesinden itibaren 30 gün içinde ek karar taslağını Divan'a iletir[232]. Başvuruya konu iddianın zaten tahkim yargılaması esnasında ileri sürülmüş olduğu ve ilgili tarafların bu konuda daha önce beyanda bulunarak savunmalarını yapmış oldukları dikkate alınarak, hakem heyetinin halin şartlarına göre beyanda bulunmak için taraflara daha kısa veya daha uzun bir süre verebileceği belirtilmiştir[233].

Ek karar, diğer hakem kararları gibi, md.32'de sayılan geçerlilik şartlarını taşıyan ve md.34 uyarınca da Divan tarafından incelemeye (*scrutiny*)[234] tabi olan bir karardır. Ek kararın Divan'ın incelemesi sonucu onaylanması üzerine ise bu karar hakem heyeti tarafından verilen nihai karar haricinde, bağımsız bir ek karar niteliğinde olmaktadır.

2021 Kuralları ile getirilen ek karar imkânı, tahkim yerinin ek karara müsaade etmediği durumlarda, hakem heyeti tarafından talepleri atlanan tarafları söz konusu talepleri için yeni bir tahkim davası başlatmaktan veya kararın iptaline başvurmaktan kurtarmaktadır. Bu anlamda ek karar imkânının getirilmesi, tahkim sürecinin verimliliğini arttıran ve tarafların adil yargılanma hakkının etkin biçimde korunmasını sağlayan olumlu bir adımdır.

---

ment Verabschiedet Die Revision Von Kapitel 12 IPRG Mit Einem Feinschliff", **ASA Bulletin** (ed. Matthias Scherer), C. 58, S. 3, 2020, ss. 548-579.

231 *2020 LCIA Tahkim Kuralları*, md.27 (3) uyarınca ise tarafların nihai kararın kendilerine ulaşmasından itibaren 28 gün içinde, karara bağlanmayan talepleri için ek karar başvurusu imkânlarının bulunduğu görülmektedir.

232 *2021 Kılavuzu*, p. 212.

233 *2021 Kılavuzu*, p. 212. Fakat yine de hakem heyetinin bu safhada (ek) delil ibrazının (*document production*) yapılmasına karar verme yetkisi saklı tutulmuştur.

234 ICC Divanı'nın hakem kararlarını incelemesi usulü hakkında detaylı bilgi için bkz. VERBIST / SCHÄFER / IMHOOS, ss. 182-187.

B. Hakem Heyetinin Tarafları Sulh Olmaya "Teşvik Etme" Yetkisi

2017 Kuralları	**Kuralları**
Ek IV- Dava Yönetimi Teknikleri	Ek IV- Dava Yönetimi Teknikleri[235]
(...)	(...)
h) Uyuşmazlıkların çözümü:	h) Uyuşmazlıkların çözümü:
i. Uyuşmazlığı müzakere yoluyla ya da MTO Uyuşmazlığın Dostane Çözümü (ADR) Kuralları gibi dostane çözüm yöntemlerinin herhangi birini kullanarak tamamen veya kısmen çözmek hususunda serbest olduklarının taraflara bildirilmesi,	*i.* Uyuşmazlığı müzakere yoluyla ya da MTO Uyuşmazlığın Dostane Çözümü (ADR) Kuralları gibi dostane çözüm yöntemlerinin herhangi birini kullanarak tamamen veya kısmen çözmek hususunda **tarafların teşvik edilmesi**,
ii. Tarafların ve hakem kurulunun anlaştığı durumlarda, daha sonradan verilecek bir kararın hukuken tenfiz edilebilmesini temin için her türlü gayreti sarf etmesi şartıyla hakem kurulu uyuşmazlığın çözümünü kolaylaştırmak için girişimlerde bulunabilir.	*ii.* Tarafların ve hakem kurulunun anlaştığı durumlarda, daha sonradan verilecek bir kararın hukuken tenfiz edilebilmesini temin için her türlü gayreti sarf etmesi şartıyla hakem kurulu uyuşmazlığın çözümünü kolaylaştırmak için girişimlerde bulunabilir.

Milletlerarası tahkimde, tarafların yargılama devam ederken sulh olması mümkündür[236]. Tahkim yargılaması devam ederken sulh olan taraflar hem zamandan ve masraflardan tasarruf etmekte hem de uyuşmazlığı dostane bir biçimde sonlanmasından istifade etmektedir. 2008 yılında yapılan bir çalışmada belirtildiği üzere, tarafların %32'si tahkim yargılaması devam ederken sulh olmaktadır[237].

Tarafların sulh olmasında hakemlerin rolüne ilişkin çeşitli yaklaşımlar bulunmaktadır. Avusturya, Almanya, İsviçre, Japonya, Çin gibi ülkelerde tahkimde hakemlerin aktif bir şekilde sulh görüşmelerinde rol alması yaklaşımı benimsenmişken; Anglo-Amerikan hukukunun etkin olduğu hukuk sistemlerinde hakemlerin sulh görüşmelerinde rol almasına sıcak yaklaşıl-

---

[235] *2021 Kuralları*, Ek IV'ün ilgili kısmının İngilizce aslı şu şekildedir: "*The following are examples of case management techniques that can be used by the arbitral tribunal and the parties for controlling time and cost. Appropriate control of time and cost is important in all cases. In cases of low complexity and low value, it is particularly important to ensure that time and costs are proportionate to what is at stake in the dispute. (...) h) Settlement of disputes: (i) encouraging the parties to consider settlement of all or part of the dispute either by negotiation or through any form of amicable dispute resolution methods such as, for example, mediation under the ICC Mediation Rules (...)*"

[236] AKINCI, s. 317.

[237] Bkz. International Arbitration: Corporate Attitudes and Practices, 2008, PWC and Queen Mary University of London, s. 2, https://www.pwc.co.uk/assets/pdf/pwc-international-arbitration-2008.pdf (Erişim Tarihi: 26.03.2021).

mamaktadır[238]. Tahkim kurumları da hakemlerin sulh sürecindeki rolüne ilişkin farklı düzenlemeler öngörmektedir. Örneğin, *Alman Tahkim Enstitüsü* (DIS) *Tahkim Kuralları* md.26, açıkça hakem heyetine tarafları sulh olmaya teşvik etme yükümlülüğü getirirken[239]; SCAI Tahkim Kuralları md.15 (8), taraflar bu hususta anlaşmışlarsa, hakemlerin uyuşmazlığın sulh ile çözümünü kolaylaştıracak adımlar atabileceğini belirtmektedir[240].

Hakemlerin tarafların sulh olmalarındaki rolüne ilişkin IBA Menfaat Çatışmaları İlkeleri, Genel Standartlar, md.4 (d) ise hakemin yargılamanın herhangi bir aşamasında uzlaşma, arabuluculuk veya başka yollarla, taraflara uyuşmazlığın çözüme ulaşması hususunda yardımcı olabileceğini belirtmektedir[241]. Ancak hakem bu yollara başvurmadan evvel, bu şekilde davranmasının hakemlik yetkisini ortadan kaldırmayacağına ilişkin tarafların açık rızalarını almalıdır[242]. Verilecek bu rıza, hakemin sulh olma sürecinde öğreneceği bilgilerden kaynaklı muhtemel menfaat çatışmalarını kapsayan geçerli bir feragat olarak kabul edilecektir[243]. Yine de uyuşmazlık çözüm sürecine katılması nedeniyle yargılamanın ilerleyen aşamalarında tarafsız veya bağımsız davranamayacağından şüphe eden bir hakem görevden çekilmelidir[244]. Bu kapsamda IBA Menfaat Çatışmaları İlkeleri'nin, hakemlerin sulh sürecinde aktif olabilmesi için taraf iradelerine öncelik tanıdığı ve sulh görüşmelerine katılması nedeniyle çeşitli bilgileri öğrenen bir hakemin, verilecek bir kararın geçerliliğini zedelememek adına belli durumlarda görevden çekilmesini önerdiği görülmektedir.

ICC kuralları da tarafların yargılama esnasında sulh olmasına ilişkin düzenlemeler içermektedir. Buna göre, dosyanın hakem kuruluna havale edilmesinden sonra tarafların sulh olmaları durumunda, ICC Tahkim Kuralları'nın 33. maddesi uyarınca, tarafların talebi ve hakem kurulunun onayı üzerine sulh anlaşması, tarafların sulh olması yoluyla verilmiş bir karar (*consent*

---

238 RAESCHKE-KESSLER Hilmar, "The Arbitrator as Settlement Facilitator", **Arbitration International**, C. 21, S. 4, 2005, s. 525.

239 *2018 DIS Tahkim Kuralları*, md.26, bkz. 2018 DIS Arbitration Rules, https://www.disarb.org/en/tools-for-dis-proceedings/dis-rules#c344 (Erişim Tarihi: 26.03.2021).

240 *2012 SCAI Tahkim Kuralları*, md.15 (8).

241 *IBA Menfaat Çatışmaları İlkeleri*, Bölüm I: Tarafsızlık, Bağımsızlık ve İfşa Etme Hakkında Genel Standartlar, md.4 (d).

242 *IBA Menfaat Çatışmaları İlkeleri*, md.4 (d).

243 *IBA Menfaat Çatışmaları İlkeleri*, md.4 (d).

244 *IBA Menfaat Çatışmaları İlkeleri*, md.4 (d).

award) olarak kayıt altına alınmaktadır[245]. Bununla birlikte hakemlerin tarafların sulh olmalarındaki rolüne ilişkin 2021 Kuralları ile önemli bir değişiklik söz konusu olmuştur.

Dava yönetim tekniklerini düzenleyen 2017 Kuralları Ek IV (h) (i) hükmü uyarınca hakemler, uyuşmazlığı müzakere yoluyla ya da ICC ADR Kuralları[246] gibi dostane çözüm yöntemlerinin herhangi birini kullanarak tamamen veya kısmen çözmek hususunda tarafları bilgilendirir. Taraflar ve hakem heyeti anlaşırlarsa, 2017 Kuralları Ek IV (h) (ii) hükmü uyarınca, hakem heyeti, daha sonradan verilecek bir kararın hukuken tenfiz edilebilmesini temin için her türlü gayreti sarf etmek şartıyla, tarafların sulh olmalarını kolaylaştıracak adımlar atabilir. Dolayısıyla 2017 Kuralları, hakem heyetinin tarafların sulh sürecine dahil olmasını heyetin takdirine bırakmakta, bu konuda hakem heyetine aktif bir rol alma yükümlülüğü getirmemektedir.

2021 Kuralları'nda yapılan değişiklik ile Ek IV (h) (i) hükmünde hakem heyetinin tarafları "bilgilendirmek" (*inform*) olan yükümlülüğü, tarafları "teşvik etmek" (*encourage*) olarak değiştirilmiştir. Dolayısıyla 2021 Kuralları uyarınca artık hakem heyeti, uyuşmazlığı kısmen veya tamamen müzakere veya ICC ADR Kuralları gibi dostane çözüm yöntemlerine başvurarak çözme hususunda tarafları teşvik etme yükümlülüğü altındadır. Böylece 2021 Kuralları hakemlere, tarafları sulh olmaya yönlendirme hususunda aktif bir rol yüklemiştir.

Bununla birlikte hakem heyetinin davanın verimli yönetilmesi adına EK IV'e atıfla gerekli usuli tedbirleri alabileceğini (*may adopt*) belirten md.22 (2)'nin lafzı da hakem heyetinin bu tedbirleri alacağı (*shall adopt*) yönünde değiştirilmiştir[247]. Bahsi geçen iki değişiklik birlikte değerlendirildiğinde, ICC'nin hakemleri tahkimde dostane çözüm yöntemlerine dahil etmek konusunda son derece kararlı olduğu anlaşılmaktadır.

---

[245] *2021 ICC Tahkim Kuralları*, md.33: "*Taraflar, dosyanın Madde 16'ya göre hakem kuruluna havalesinden sonra sulh olursa, tarafların talebi ve hakem kurulunun onayı üzerine sulh anlaşması, tarafların sulh olması yoluyla verilmiş bir karar olarak kayıt altına alınır.*"; YEŞİLIRMAK, s. 118; Tahkim yargılaması esnasında tarafların sulh olması üzerine yaptıkları anlaşmanın hakem kararı haline getirilmesi hakkında bkz. AKINCI, s. 318.

[246] Konu hakkında detaylı bir inceleme için bkz. ŞANLI Cemal, "Uluslararası Ticari ve Ekonomik Uyuşmazlıkların Arabuluculuk (ADR) Yöntemi ile Çözümlenmesi ve MTO'nun ADR Kuralları", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 22, S. 1, 2011, ss. 57-68.

[247] *2021 ICC Tahkim Kuralları*, md.22 (2): "*Hakem kurulu, etkin bir dava yönetimi sağlamak amacıyla, taraflara danıştıktan sonra ve tarafların anlaşmasına aykırı olmamak kaydıyla gerekli gördüğü usuli tedbirleri alır.*"

Dolayısıyla 2021 Kuralları uyarınca hakem heyeti, taraflar onay verirse, EK IV (h) (ii)[248] hükmünde de belirtildiği gibi verilecek hakem kararının tenfizine halel getirmemek kaydıyla[249], tarafların sulh olması adına proaktif adımlar atmakla yükümlüdür[250]. Tarafların sulh oldukları durumda ise md.33 uyarınca söz konusu sulh anlaşması hakem kararında kayıt altına alınabilecek ve böylelikle sulh anlaşması, hakem kararının tenfiz kabiliyetinden faydalanabilecektir[251].

2021 Kuralları'nın getirdiği bu yenilik, tahkim yargılaması sırasında tarafların sulh olmasını kolaylaştırmakta ve böylece taraflara daha etkili bir uyuşmazlık çözüm prosedürü sunmaktadır. Tarafları sulh olmaya teşvik edecek hakemin, tahkim sürecinde taraflar arasındaki uyuşmazlığa zaten vakıf olduğu düşünüldüğünde, tarafların sulh olma sürecinde daha doğru yönlendirilme imkanları bulunmaktadır[252]. Ancak sulh çabalarının olumsuz sonuçlanması halinde, hakemin bu sürece katılmış olması verilecek kararın geçerliliğini olumsuz etkileyebilir[253]. Zira hakemin açıkça görüşlerini ifade ettiği bir müzakere sürecinde, bir tarafın gözünde hakemin tarafsızlığı şüpheli hale gelebilir[254]. Ayrıca olumsuz sonuçlanan bir müzakere sürecinden sonra hakemin tahkim yargılaması sürecinde uyuşmazlığa yaklaşımının de-

---

248 *2021 ICC Tahkim Kuralları*, EK IV, (h) (ii): "*Tarafların ve hakem kurulunun anlaştığı durumlarda, daha sonradan verilecek bir kararın hukuken tenfiz edilebilmesini temin için her türlü gayreti sarf etmesi şartıyla hakem kurulu uyuşmazlığın çözümünü kolaylaştırmak için girişimlerde bulunabilir*."

249 Zira hakemlerin bir arabulucu gibi hareket etmesi bazı ülke kanunlarında kabul edilmemektedir (MEIER Andrea / JAISLI-KULL Nadja, "Chapter 17, Part II: Commentary on the ICC Rules, Appendix IV, Case Management Techniques", **Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide** (ed. Manuel Arroyo), İkinci Bası, Kluwer Law International, 2018, s. 2351).

250 Benzer şekilde, 2018'de yayınlanan, "*Tahkim Yargılamalarının Etkin Bir Şekilde Yürütülmesi Hakkında Prag Kuralları*" nın 9. maddesinin de hakem heyetini, taraflara sulh olmaları yolunda aracılık etmek üzere birtakım yetkilerle donattığı görülmektedir, bkz. Rules on the Efficient Conduct of Proceedings in International Arbitration (Prague Rules), https://praguerules.com/upload/medialibrary/9dc/9dc31ba7799e26473d92961d926948c9.pdf (Erişim Tarihi: 26.03.2021); Kuralların detaylı incelemesi için ayrıca bkz. AKINCI Ziya, "Prag Kuralları ve Milletlerarası Tahkim", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 40, S. 1, 2020, ss. 481-495.

251 Bkz. dn. 245; VERBIST / SCHÄFER / IMHOOS, ss. 180-181.

252 KRYVOI Yarik / DAVYDENKO Dmitry, "Consent Awards in International Arbitration: From Settlement to Enforcement", **Brooklyn Journal of International Law**, C. 40, S. 3, 2015, s. 843.

253 KRYVOI / DAVYDENKO, s. 843.

254 KRYVOI / DAVYDENKO, s. 845.

ğişmesi ve vereceği kararın da bu durumdan etkilenmesi söz konusu olabilir. Böyle bir durumda tarafsız ve bağımsız kalamayacağını düşünen bir hakemin, geçerli bir karar verilmesini temin etmek adına, IBA Menfaat Çatışmaları İlkeleri'nde de belirtildiği gibi, hakemlikten çekilmesi yerinde olacaktır.

C. Tahkimin İdaresinden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümü

Tahkim kurumları ve hakemler bazen yargılamanın seyrinden memnun olmayan dava taraflarınca yöneltilen davalara muhatap olabilmektedir[255]. Bu sebeple tahkim kurumları kurallarında, kendilerinin, çalışanlarının ve kurallar doğrultusunda görev alan hakemlerin tahkim yargılaması esnasındaki fiillerinden sorumluluğunu kısıtlamakta, bazen de bu sorumluluğu kaldırabilmektedir[256]. ICC, 2017 Kuralları'nda yer alan md.41 doğrultusunda, uygulanacak hukukun izin verdiği ölçüde, sorumluluğun kaldırılması opsiyonunu seçmiştir[257].

Bazı ülkelerde hakemlerin sınırsız sorumluluğu kabul edilmişken; bazı ülke hukuklarında tahkim kurumunun ve bu kurum nezdinde görev alanların sorumluluğunun tamamen kaldırılması mümkün olmamaktadır[258]. Dolayısıyla sorumluluğun bütünüyle kaldırılamadığı ülkelerde yerel mahkemeler nezdinde ICC'nin veya yargılamada görev alan hakemlerin sorumluluğuna başvurulması da mümkün olabilmektedir[259]. Ancak 2017 Kuralları uyarınca

---

255 SPOORENBERG, s. 2498.

256 Örneğin, *2016 SIAC Tahkim Kuralları*, md.38'de, tahkim kurumunun, kurum çalışanlarının ve tahkim yargılamasında görev alan hakem, bilirkişi ve hakem sekreteri gibi kimselerin sorumluluktan bağışık olduğu düzenlenmiştir. Buna karşılık, *2020 LCIA Tahkim Kuralları*, md.31'de, LCIA'nın ve hakemlerin sorumluluğuna ilişkin uyuşmazlıklarda İngiltere ve Galler mahkemelerinin yetkili olacağı belirtilmiştir. Hakemlerin sorumluluğu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BALKAR BOZKURT, Bağımsızlık, s. 420 vd.

257 *2017 ICC Tahkim Kuralları*, md.41: "*Sorumluluk sınırlamasının uygulanacak hukukta yasaklanmış olması hali dışında; hakemler, hakem kurulu tarafından görevlendirilen herhangi bir kişi, acil durum hakemi, Divan ve üyeleri, ICC ve çalışanları, ICC Milli Komiteleri ve Grupları ile onların çalışanları ve temsilcileri tahkim ile ilgili herhangi bir eylem veya ihmal sebebiyle herhangi bir kişiye karşı sorumlu değildir.*"; Yeşilırmak, ss. 20-21; Hakemlerin sorumluluğunun çeşitli milli hukuklarda düzenleniş biçimine ilişkin bkz. BALKAR BOZKURT, *Bağımsızlık*, s. 430 vd.

258 Örneğin Amerikan hukukunda hakemlerin sınırsız sorumsuzluğu düzenlenmiştir. Ancak hakemlerin sorumluluğuna ilişkin pek çok ülke hukukunda özel bir düzenleme bulunmadığından, bu meselenin genel hükümlere veya mahkeme kararlarına bağlı olduğu; bu ülkelerde, hakemin kasıt veya (ağır) ihmali sonucu sebep olduğu zararlar bakımından sorumsuzluk anlaşmalarının geçersiz olduğu kabul edilmektedir (BALKAR BOZKURT, *Bağımsızlık*, ss. 430-432).

259 Örneğin, hakemin sorumluluğuna Türk hukukunun uygulanacağı durumda, ağır kusur halinde sorumsuzluk anlaşmasının kesin hükümsüz olduğunu belirten Türk Borçlar Kanunu md.115 karşısında, tarafların üzerinde anlaştığı ICC kurallarında sorumsuzluk kaydı yer alsa dahi, hakemin ağır kusurundan sorumluluğu söz konusu olacaktır (BALKAR BOZKURT, *Bağımsızlık*, s. 490).

böyle bir yargılamanın hangi mahkemede yapılacağı tamamen tesadüfi olduğu gibi, ICC'nin veya hakemlerin fiillerine dayanan uyuşmazlıklara hangi hukukun uygulanacağı da belirsizdir[260].

2021 Kuralları ile eklenen md.43. bu hususu "*Tahkim yargılamasının ICC Kuralları'na göre Divan tarafından idare edilmesi sürecinden kaynaklanan veya bu süreç ile ilgili olan taleplere Fransız hukuku uygulanır ve bu talepler münhasıran yetkili olan Fransa'daki Paris mahkemesi (Tribunal Judiciaire de Paris) tarafından görülür*."[261] düzenlemesi ile hükme bağlamıştır. Bu yeni hüküm, ICC tahkiminin idaresinden doğabilecek potansiyel uyuşmazlıkları bir merkezde toplayarak, ICC'nin tesadüfi yargı yerlerinde kendisine yöneltilmiş davalarla karşı karşıya kalma riskini azaltmaktadır. Dolayısıyla 2021 Kuralları ile, bir yandan ICC'ye yöneltilen taleplerde uygulanacak hukuk ve yetkili mahkeme açısından hukuki belirlilik sağlanmış, bir yandan da genel merkezi Paris'te olan ICC'nin bu tür yargılamaları takip etmesi kolaylaştırılmıştır.

D. Divan'ın İşleyişine İlişkin Yeni Düzenlemeler

2021 Kuralları, tahkim yargılamalarına uygulanacak kurallara ilişkin yeniliklerin yanında, ICC Divanı'na ilişkin idari düzenlemeler de içermektedir[262]. Bu kapsamda ICC Tahkim Divanı Tüzüğü olan 2021 Kuralları Ek I'de ("Tüzük") ve ICC Tahkim Divanı İç Tüzüğü'nde Divan Başkanı'nın seçimi ve görev süresi ile Divan'ın toplanma usulüne ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Ayrıca Divan'ın tahkim yargılamalarına ilişkin vereceği kararların gerekçelerinin taraflara

---

[260] Bu uyuşmazlıklara tahkim yeri hukukunun yahut tahkim kurumunun bulunduğu yer hukukunun uygulanacağı yönünde görüşler mevcuttur. Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. SPOORENBERG, s. 2499; Örneğin Türk Mahkemelerinde hakemin sorumluluğuna ilişkin açılacak bir davada uygulanacak hukuk, yabancılık unsuru içeren hakem sözleşmesine Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuk Hakkında Kanun, md.24 uyarınca tespit edilecek hukuk olacaktır. Zira hakem sözleşmesi doktrinde bir borçlar hukuku sözleşmesi kabul edilmektedir (ŞANLI Cemal / ESEN Emre / ATAMAN FİGANMEŞE İnci, **Milletlerarası Özel Hukuk**, Sekizinci Bası, Beta, İstanbul, 2020, s. 675). Eğer bu sözleşmeye uygulanacak hukuk Türk hukuku ise, hakemin sorumluluğu Milletlerarası Tahkim Kanunu ve Borçlar Kanunu çerçevesinde tespit edilecektir. Hakemlerin sorumluluğuna uygulanacak hukuk meselesine ilişkin bkz. BALKAR BOZKURT, *Bağımsızlık*, ss. 432-438.

[261] *2021 Kuralları*, md.43'ün İngilizce aslı şu şekildedir: "*Any claims arising out of or in connection with the administration of the arbitration proceedings by the Court under the Rules shall be governed by French law and settled by the Paris Judicial Tribunal (Tribunal Judiciaire de Paris) in France, which shall have exclusive jurisdiction.*"

[262] ICC Divanı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. VERBIST / SCHÄFER / IMHOOS, ss. 13-21; YEŞİLIRMAK, ss. 13-21.

bildirilmesine ilişkin hükümler de 2021 Kuralları'nda yerini almıştır. Bu düzenlemeler esasında Divan'ın mevcut uygulamasının yazılı hale getirilmesinden ibaret olup, kurumun şeffaflığını arttırmayı hedeflemektedir.

a. Divan Başkanı'nın Seçimine ve Divan Üyelerinin Görev Sürelerine İlişkin Düzenlemeler

2021 Kuralları ile Divan Başkanı'nın seçimine ilişkin hüküm revize edilmiş, başkanın saygın tahkim uygulamacılarından oluşan, bağımsız bir seçim komitesinin önerisi ve bunu müteakip ICC'nin Yönetim Kurulu'nun tavsiyesi üzerine ICC Dünya Konseyi tarafından seçileceği düzenlenmiştir[263]. Ayrıca başkan ve yardımcılarının görev sürelerinin üç yıl olduğuna dair kural muhafaza edilmiş ancak hükme bu kişilerin yalnızca iki dönem boyunca görev yapabilecekleri kuralı eklenmiştir[264]. Benzer şekilde görev süreleri üç yıl olan Divan üyelerinin de 2021 Kuralları uyarınca art arda en fazla iki dönem görevde kalabilecekleri ifade edilmiştir, meğerki Divan Başkanı'nın önerisi ve ICC Yönetim Kurulu'nun tavsiyesi üzerine ICC Dünya Konseyi aksi yönde karar vermiş olsun[265].

b. Divan'ın Toplanma Usulüne İlişkin Düzenlemeler

2021 Kuralları'nda ele alınan bir diğer konu, Divan'ın toplanma ve çalışma usulüne ilişkindir. Bu doğrultuda, Divan'ın faaliyetlerini (i) Komite, (ii) Genel Kurul, (iii) Tek Üyeli Komite ve (iv) Özel Komite olarak göstereceği düzenlenmiştir. Bunlardan Özel Komite ve Tek Üyeli Komite, 2021 Kuralları ile oluşturulmuştur.

Divan, kural olarak, çalışmalarını üç üyeden oluşan komitelerde gerçekleştirmektedir[266]. Bu üç üyenin biri komite başkanı olarak görev yapmaktadır. Komite, en az iki üye ile toplanmakta ve kararlarını oybirliği ile almaktadır[267]. Divan'ın süregelen bir diğer toplanma usulü ise genel kuruldur[268]. Divan, yılda bir defa ve ayrıca Divan Başkanı tarafından talep edildiği hallerde genel kurul olarak toplanır[269]; kurula Divan Başkanı, başkan yardımcıları ve katılmayı kabul

---

263 *Tüzük*, md.3 (1).

264 *Tüzük*, md.3 (5).

265 *Tüzük*, md.3 (6).

266 *Tüzük*, md.4.

267 *İç Tüzük*, md.4 (6).

268 *Tüzük*, md.7.

269 *Tüzük*, md.7 (1).

eden tüm Divan üyeleri katılım gösterir[270]. Genel kurul, diğer tüm komitelerin görev alanına giren konular hakkında karar verebilir[271].

2021 Kuralları ile Divan'ın bazı çalışmalarını özel komiteler şeklinde gerçekleştirmesine de imkân tanınmıştır. Bu komiteler bir başkan ve en az altı diğer üyeden oluşur[272]. Şöyle ki, hakemin reddi veya görevden alınması taleplerine ilişkin kararların alınması, muhalefet şerhinin (*dissenting opinion*) bulunduğu veya dava taraflarından en az birinin bir devlet veya devlet kurumu olduğu hakem kararlarının incelenmesi özel komitelerce gerçekleştirilecektir[273]. Bunun yanı sıra, bir komite tarafından karar verilmesi gereken bir konu hakkında komite oybirliği ile karar alamazsa veya karar vermekten kaçınırsa, ilgili komite dosyayı özel komiteye sevk edecektir[274]. Son olarak, Divan Başkanı'nın talebi üzerine, diğer bazı hususların özel komite tarafından karara bağlanması gündeme gelebilecektir[275].

2021 Kuralları ile eklenen Divan'ın bir diğer toplanma usulü ise tek-üyeli komitedir[276]. Bu komitelerin, Seri Tahkim Usulü'nün uygulandığı davalarda verilen hakem kararlarını inceleyeceği düzenlenmiştir. Nitekim 2021 Kılavuzu'nda yer aldığı üzere, Seri Tahkim Usulü'ne göre verilen hakem kararlarının esasen Divan tarafından inceleneceği, fakat istisnai hallerde Divan'ın bu kararların incelenmesi görevini bir Divan üyesinden oluşan tek-üyeli komiteye tevdi edebileceği düzenlenmiştir[277].

c. Divan Kararlarının Gerekçelerinin Taraflara Bildirilmesi

Tahkim prosedürünün şeffaflığını arttıracak bir diğer yenilik ise taraflara Divan kararlarının gerekçelerini talep etme imkânı getirilmesidir. Bu düzenleme, ICC tarafından ilk olarak 2015'te duyurulan ve ICC'nin idari kararlarının gerekçelerini paylaşmak yönünde olan politikası[278] ile bu yönde süregelen uygulamanın, 2021 Kuralları'na yansımasıdır.

---

[270] *Tüzük*, md.7 (3).

[271] *Tüzük*, md.7 (2).

[272] *Tüzük*, md.5 (2).

[273] *Tüzük*, md.5 (1).

[274] *Tüzük*, md.5 (1).

[275] *Tüzük*, md.5 (1).

[276] *Tüzük*, md.6.

[277] *2021 Kılavuzu*, p. 169.

[278] Bkz. ICC Court to Communicate Reasons as a New Service to Users, https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/icc-court-to-communicate-reasons-as-a-new-service-to-users/ (Erişim Tarihi: 26.03.2021).

Bu doğrultuda, 2021 Kuralları Ek II md.5'te, Divan'ın tarafların talebi üzerine aşağıda sayılan hallerde vereceği kararların gerekçelerini taraflara bildireceği düzenlenmiştir:

- Tahkim anlaşmasının *prima facie* geçerliliğine ilişkin karar (md.6 (4)),
- Birden çok tahkim davasının birleştirilmesi hakkında verilecek karar (md.10),
- Çok taraflı tahkim davalarında tarafların atanacak hakem hakkında karar veremediği hallerde hakemlerin Divan tarafından atanmasına yönelik karar (md.12 (8)),
- Tahkim anlaşmasına göre gerçekleşecek hakem atamasının, hakem kararının geçerliliğini etkileyecek ciddi bir eşitliğe aykırı ve adil olmayan muamele riski taşıması halinde, Divan'ın hakemleri atamasına ilişkin karar (md.12 (9)),
- Hakemin reddine dair karar (md.14),
- Hakemin görevden alınmasına ilişkin karar (md.15 (2)).

Tarafların Divan kararlarının gerekçesini, ilgili kararın verilmesinden önce talep etmesi gerekmektedir[279]. Ayrıca istisnai hallerde Divan'ın gerekçeleri bildirmeme hakkı saklı tutulmuştur[280].

SONUÇ

1 Ocak 2021'de yürürlüğe giren 2021 ICC Tahkim Kuralları, daha verimli, esnek ve şeffaf bir uyuşmazlık çözüm prosedürü vaat etmektedir. 2017 Kuralları'nın genel çerçevesini koruyan 2021 Kuralları, ICC'nin süregelen pratiğini kodifiye eden ve milletlerarası tahkimin güncel tartışmalarını yansıtan değişikliklere ve yeniliklere imza atmıştır.

2021 Kuralları, davaya katılma ve davaların birleşmesi usullerinin uygulama alanını genişleterek daha esnek bir yargılama prosedürü sağlamıştır. Davaya katılma ve davaların birleştirilmesi usullerinin uygulama alanının genişlemesi, özellikle çok taraflı sözleşmelerin ve birden fazla sözleşmenin yapıldığı sektörleri cezbeder niteliktedir. Bununla birlikte seri tahkim usulünün uygulama alanının genişletilmesi ve hakem heyetine tarafları sulh olma-

---

[279] *İç Tüzük*, md.5 (2).

[280] *İç Tüzük*, md.5 (3).

ya teşvik etme yükümlülüğü getirilmesi, uyuşmazlıkların daha etkili çözümünü sağlayacak adımlardır.

2021 Kuralları ile taraflara üçüncü kişi finansmanının bildirilmesi yükümlülüğü getirilmesi, hakem heyetinin taraf temsilcilerine ilişkin yetkilerinin genişletilmesi, Divan'ın işleyişine ilişkin uygulamaların kodifiye edilmesi, taraflara Divan kararlarının gerekçelerini talep etme hakkı tanınması ve tahkimin idaresinden doğan uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin bir düzenleme getirilmesi hem yargılamanın hem de bir kurum olarak ICC'nin şeffaflığını tesis etmektedir. Bununla birlikte Divan'a belirli hallerde tarafların hakem atama usulüne müdahale etme yetkisi verilmesi ve taraflara ek karar talep etme imkânı tanınması, tahkimde taraf eşitliğinin sağlandığı daha adil bir yargılamaya zemin hazırlamaktadır.

Duruşmaların sanal ortamdan yürütülmesine imkân verilmesi ve elektronik belge sunumunun olağan belge sunum şekli haline getirilmesi, 2021 Kuralları'nın daha dijital ve çevre dostu bir ICC tahkimi yarattığına işaret etmektedir.

2021 Kuralları'nın yatırım anlaşmalarından kaynaklanan tahkim yargılamalarında, hakemlerin milliyetine ilişkin bir sınırlama getirmesi ve acil durum hakemliğinin bu tür davalarda uygulanmayacağını düzenlemesi, ICC'nin yatırım tahkimi portföyünü genişletme ve bu uyuşmazlıklar bakımından tercih edilen bir kurum olma çabalarını yansıtmaktadır.

Bir bütün olarak 2021 Kuralları, 2017 Kuralları'nın kapsamlı bir revizyonu olmaktan ziyade, ICC Divan Başkanı'nın da belirttiği gibi, ICC Tahkim Kuralları'nın daha verimli, esnek ve şeffaf olması adına atılmış bir adımdır[281]. 2021 Kuralları, milletlerarası tahkimde süregelen birtakım tartışmalara ICC tahkimi bakımından son verirken, bir yandan da yeni tartışmalara ortam hazırlayan hükümler içermektedir. Özellikle hakem kararının geçerliliğini tesis etmek adına Divan'a ve hakem heyetlerine taraf iradelerinin üzerinde yetkiler bahşeden yeni düzenlemelerin, uygulamada tartışmalar yaratması kaçınılmaz görünmektedir.

---

[281] Bkz. dn. 4.

KISALTMALAR

ADR : Alternative Dispute Resolution

Bkz. : bakınız

C. : Cilt

CAM-CCBC : Center for Arbitration and Mediation of the Chamber of Commerce Brazil- Canada

CETA : EU-Canada Comprehensive Trade Agreement

CIETAC : China International Economic and Trade Arbitration Commission

DIS : Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit

dn. : dipnot

Divan : Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Divanı

Ed. : Editör

FIDIC : Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils

HKIAC : Hong Kong International Arbitration Centre

IBA : International Bar Association

ICC : International Chamber of Commerce

ICSID : International Centre for Settlement of Investment Disputes

LCIA : London Court of International Arbitration

MCA : Milan Chamber of Arbitration

MTO : Milletlerarası Ticaret Odası

md. : madde

p. : paragraf

S. : Sayı

s. : sayfa

SCAI : Swiss Chambers' Arbitration Institution

SCC : Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce

Sekretarya : Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Divanı Sekretaryası

SIAC : Singapore International Arbitration Centre

UNCITRAL : United Nations Commission on International Trade Law

vd. : ve devamı

VIAC : Vienna International Arbitration Centre

KAYNAKÇA

Basılı Eserler

AKINCI Ziya, "Prag Kuralları ve Milletlerarası Tahkim", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 40, S. 1, 2020, ss. 481-495.

AKINCI Ziya, **Milletlerarası Tahkim**, Beşinci Bası, Vedat, İstanbul, 2020.

ATAMAN FİGANMEŞE İnci, "Milletlerarası Ticari Tahkim ile Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 31, S. 1, 2011, ss. 91-152.

BALKAR BOZKURT Süheyla, "Hakemlerin Tarafsızlık ve Bağımsızlık İlkelerine Aykırılığın Tenfiz Engelleri Açısından Değerlendirilmesi", **Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Güncel Gelişmeler** (ed. Süheyla Balkar Bozkurt), On İki Levha, İstanbul, 2018, ss. 125-138.

BALKAR BOZKURT Süheyla, "Milletlerarası Tahkimde Yargılama Masraflarının Hak Arama Özgürlüğüne Etkisi ve Sonuçları", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 10, S. 129, 2015, ss. 121-222 (*Yargılama Masrafları*).

BALKAR BOZKURT Süheyla, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlık Yükümlülüğü**, Birinci Bası, On İki Levha, İstanbul, 2016 (*Bağımsızlık*).

BLACKABY Nigel / PARTASIDES Constantine, **Redfern and Hunter on International Arbitration**, Beşinci Bası, Oxford University Press, 2009.

BONNAN Regis, "On the Nationality and Multi-Nationality of the Arbitrator: Old and New Issues of Formal Neutrality", **ASA Bulletin** (ed. Matthias Scherer), Kluwer Law International, C. 38, S. 3, 2020, ss. 637-658.

BOOG Christopher, "Chapter 17, Part II: Commentary on the ICC Rules, Article 29 [Emergency Arbitrator]", **Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide** (ed. Manuel Arroyo), İkinci Bası, Kluwer Law International, 2018, ss. 2380-2398.

BORN Gary, **International Commercial Arbitration**, Üçüncü Bası, Kluwer Law International, 2021.

ÇALIŞKAN Yusuf, "Uluslararası Yatırım Tahkiminin Üçüncü Kişiler Tarafından Finansmanı", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 22, S. 3, 2016, ss. 645-658.

DODGE Kirstin, "Chapter 17, Part II: Commentary on the ICC Rules, Article 25 [Establishing the facts of the case]", **Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide** (ed. Manuel Arroyo), İkinci Bası, Kluwer Law International, 2018, ss. 2352-2360.

EKŞİ Nuray, "Yargıtay Kararları Işığında ICC Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi", **Ankara Barosu Dergisi**, C. 67, S. 1, 2009, ss. 54-74.

EKŞİ Nuray, "Yargıtay Kararları Işığında Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 40, S. 1, 2020, ss. 143-201.

EKŞİ Nuray, **Tahkim Öncesi Uyuşmazlık Çözüm Usulleri ve Bu Usuller Tüketilmeden Tahkime Başvurulmasının Sonuçları**, Birinci Bası, Beta, İstanbul, 2015.

ERDEM Halil Ercüment, **Milletlerarası Ticaret Hukuku**, İkinci Bası, On İki Levha, İstanbul, 2020.

FOUCHARD Philippe / GAILLARD Emmanuel / GOLDMAN Berthold, **International Commercial Arbitration** (ed. Emmanuel Gaillard, John Savage), Kluwer Law International, Kluwer Law International, 1999.

FRY Jason / GREENBERG Simon / MAZZA Francesca, **The Secretariat's Guide to ICC Arbitration**, 2012.

GHARAVI Hamid, "Le Financement Par Un Tiers", **L'Argent Dans L'Arbitrage**, 2013.

GOMEZ-ACEBO Alfonso, **Party-Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration**, Kluwer Law International, 2016.

HABEGGER Philipp, "Das Parlament Verabschiedet Die Revision Von Kapitel 12 IPRG Mit Einem Feinschliff", **ASA Bulletin** (ed. Matthias Scherer), C. 58, S. 3, 2020, ss. 548-579.

HANOTIAU Bernard, **Complex Arbitrations: Multi-Party, Multi-Contract, Multi-Issue - A Comparative Study**, İkinci Bası, Kluwer Law International, 2020.

HORVATH Günther / Wilske Stephan, **Guerrilla Tactics in International Arbitration**, Kluwer Law International, 2013.

IŞIK Fatih / PAT Hande, "Milletlerarası Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanı", **Uluslararası Yatırım Tahkiminde Üçüncü Kişi Finansmanı** (ed. Ceyda Süral Efeçınar/ Ekin Ömeroğlu / Ece Uyanık), Seçkin, 2018, ss. 93-109.

IŞIK Fatih, "Complex (Multi-Party and Multi-Contract) Arbitrations in Articles 7-10 of ICC Arbitration Rules", **Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul**, S. 69, 2020, ss. 167-179.

KALAFATOĞLU Mehmet Polat, "Milletlerarası Tahkim Kanunu Uyarınca Hakem Kararı Hakkında Düzeltme, Yorum ve Tamamlama Kararları ve Bu Kararların İptal Davası Açma Süresine Etkisi", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 40, S. 1, 2020, ss. 25-53.

KAYALI Didem, "Milletlerarası Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanı", **Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi** (ed. Nuray Ekşi), C. 8, S. 1, 2019, ss. 83-117.

KRYVOI Yarik / DAVYDENKO Dmitry, "Consent Awards in International Arbitration: From Settlement to Enforcement", **Brooklyn Journal of International Law**, C. 40, S. 3, 2015, ss. 827-868.

LALIVE Pierre, "On The Neutrality of the Arbitrator and of the Place of Arbitration", **Swiss Essays on International Arbitration**, Lausanne, 198, ss. 23-33.

LEE Ilhyung, "Practice and Predicament: The Nationality of the International Arbitrator (With Survey Results)", **Fordham International Law Journal**, C. 31, S. 3, 2007, ss. 603-633.

LENGGENHAGER Fadri, "Chapter 17, Part II: Commentary on the ICC Rules, Article 36 [Correction and Interpretation of the Award; Remission of Awards]", **Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide** (ed. Manuel Arroyo), İkinci Bası, Kluwer Law International, 2018, ss. 2460-2462.

LEVY Laurent / BONNAN Regis, "Chapter 7. Third-Party Funding Disclosure, Joinder and Impact on Arbitral Proceedings", **Third Party Funding in International Arbitration** (ed. Bernardo M. Cremades Sanz-Pastor / Antonias Dimolitsa), Kluwer Law International, 2013, ss. 78-94.

LEVY Laurent / POLKINGHORNE Michael, **Expedited Procedures in International Arbitration**, Kluwer Law International, 2017.

MARCHISIO Giacomo, "Procedural Reforms at the Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce: How to Ensure That Party Autonomy Will Continue Serving as a Legitimization Tool", **Legitimacy of Unseen Actors in International Adjudication**, Cambridge University Press, 2019, ss. 238-249.

MARKERT Lars / RAWAL Raeesa, "Emergency Arbitration in Investment Construction Disputes: An Uneasy Fit?", **Journal of International Arbitration** (ed. Maxi Scherer), Kluwer Law International, C. 37, S. 1, 2020, ss. 131-142.

MEIER Andrea / JAISLI-KULL Nadja, "Chapter 17, Part II: Commentary on the ICC Rules, Appendix IV, Case Management Techniques", **Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide** (ed. Manuel Arroyo), İkinci Bası, Kluwer Law International, 2018, ss. 2343-2351.

MEIER Andrea, "Chapter 17, Part II: Commentary on the ICC Rules", **Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide** (ed. Manuel Arroyo), İkinci Bası, Kluwer Law International, 2018, ss. 2212-2230.

MERT Baver Mazlum, Milletlerarası Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019.

NOMER Ergin, "Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni Müdahalesi", **Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan**, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl. 19-20, S. 1-2, 1999-2000, ss. 555-558.

ÖZSOY Mehmet Akif / SÖNMEZ Gökhan, "Investment Arbitration Rules of the Singapore International Arbitration Centre: SIAC Investment Arbitration Rules (1st Edition, 1 January 2017)", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 37, S. 2, 2017, ss. 1052-1088.

PAIR Lara / FRANKENSTEIN Paul, "The New ICC Rule on Consolidation: Progress Or Change?", **Emory International Law Review**, C. 25, S. 3, 2011, ss. 1061-1085.

PARK William / ROGERS Catherine, **Third-Party Funding in International Arbitration: The ICCA Queen-Mary Task Force**, Legal Studies Research Paper No. 42, 2014.

PEARSON Neil, "Nationalité et attaches de l'arbitre", Qualification de l'arbitre international- Symposium du 20 novembre 1970, **Revue de l'Arbitrage**, 1970.

PINSOLLE Philippe, "A Call to Open the ICC Emergency Arbitrator Procedure to Investment Treaty Cases", **International Arbitration Under Review: Essays in Honour of John Beechey** (ed. Andrea Carlevaris, Laurent Levy, Alexis Mourre, Eric Schwartz), ICC Publications, 2015.

RAESCHKE-KESSLER Hilmar, "The Arbitrator as Settlement Facilitator", **Arbitration International**, C. 21, S. 4, 2005, ss. 523-536.

RAU Alan Scott, "Arbitrators Without Powers? Disqualifying Counsel in Arbitral Proceedings", **Arbitration International** (ed. William Park), Oxford University Press, 2014, C. 30, S. 3, ss. 457-512.

ŞANLI Cemal / ESEN Emre / ATAMAN FİGANMEŞE İnci, **Milletlerarası Özel Hukuk**, Sekizinci Bası, Beta, İstanbul, 2020.

ŞANLI Cemal, "Uluslararası Ticari ve Ekonomik Uyuşmazlıkların Arabuluculuk (ADR) Yöntemi ile Çözümlenmesi ve MTO'nun ADR Kuralları", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 22, S. 1, 2011, ss. 57-68.

ŞANLI Cemal, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, Yedinci Bası, Beta, İstanbul, 2019.

SCHERER Maxi, "Remote Hearings in International Arbitration: An Analytical Framework", **Journal of International Arbitration** (ed. Maxi Scherer), Kluwer Law International, 2020, C. 37, S. 4, ss. 407-448.

SCHNYDER Raphaëlle Favre, "Chapter 17, Part II: Commentary on the ICC Rules", **Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide** (ed. Manuel Arroyo), İkinci Bası, Kluwer Law International, 2018, ss. 2169-2205.

SCHWARTZ Eric / DERAINS Yves: **Guide to the ICC Rules of Arbitration**, İkinci Bası, Kluwer Law International, 2005.

SHAUGHNESSY Patricia Louise, "Chapter 32: The Emergency Arbitrator", **The Powers and Duties of an Arbitrator: Liber Amicorum Pierre A. Karrer** (ed. Patricia Louise Shaughnessy / Sherlin Tung), Kluwer Law International, 2017, ss. 339-348.

SPOORENBERG Frank, "Chapter 17, Part II: Commentary on the ICC Rules", **Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide** (ed. Manuel Arroyo), İkinci Bası, Kluwer Law International, 2018, ss. 2498-2501.

SÜRAL EFEÇINAR Ceyda, "Uluslararası Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanının Masraflar İçin Teminat Gösterilmesi Kararının Verilmesine Etkileri", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 20, S. 2, 2018, ss. 33-62.

TAN Mine, "Stockholm Ticaret Odası Tahkim Enstitüsü'nde Tahkim", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 23, S. 1-2, 2011, ss. 713-750.

TİRYAKİOĞLU Bilgin, "Çok Taraflı Tahkim", **ICC Türkiye XII. Milletlerarası Tahkim Semineri**, 27 Aralık 2014, Ankara, ss. 101-111.

VERBIST Herman / SCHÄFER Erik / IMHOOS Christophe, **ICC Arbitration in Practice**, İkinci Bası, Kluwer Law International, 2015.

WAINCYMER Jeffrey, "Reconciling Conflicting Rights in International Arbitration: The Right to Choice of Counsel and the Right to an Independent and Impartial Tribunal", **Arbitration International** (ed. William Park), Oxford University Press, C. 26, S. 4, 2010, ss. 597-623.

YASAN Candan, "Milletlerarası Tahkimde Gizlilik", **Prof. Dr. Atâ Sakmar'a Armağan**, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 1, 2011, ss. 777-806.

YEOH Derric, "Third Party Funding in International Arbitration: A Slippery Slope Or Levelling the Playing Field?", **Journal of International Arbitration**, Kluwer Law International, C. 33, S. 1, 2016, ss. 115-122.

YEŞİLIRMAK Ali, **ICC Tahkim Kuralları ve Uygulaması**, Birinci Bası, On İki Levha, İstanbul, 2018.

ZUCKERMAN Adrian, **Zuckerman on Civil Procedure**, Üçüncü Bası Sweet & Maxwell, 2013.

Elektronik Kaynaklar

Arbitration Ordinance, 98E - 98W, https://www.legco.gov.hk/yr16-17/english/bills/b201612301.pdf (Erişim Tarihi: 25.03.2021).

BHUSHAN Abhinav / THAKUR Sameer, "Nothing Changes If Nothing Changes: An Introduction to the 2021 ICC Rules of Arbitration", Kluwer Arbitration Blog, arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/10/27/nothing-changes-if-nothing-changes-an-introduction-to-the-2021-icc-rules-of-arbitration/ (Erişim Tarihi: 24.03.2021).

Campaign for Greener Arbitrations, www.greenerarbitrations.com/ (Erişim Tarihi: 25.03.2021).

CETA, https://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-chapter-by-chapter/ (Erişim Tarihi: 25.03.2021).

Civil Law (Amendment) Act 2017 (No. 2 of 2017), https://sso.agc.gov.sg/Acts-supp/2-2017/ (Erişim Tarihi: 25.03.2021).

EHLE Bernd / MOSS Sam, "2021 ICC Arbitration Rules - What the Revised Joinder and Consolidation Rules Mean for Construction Disputes", https://www.internationallawoffice.com/Newsletters/Projects-Construction-Infrastructure/International/LALIVE/The-2021-ICC-Arbitration-Rules-what-revised-joinder-and-consolidation-rules-mean-for-construction-disputes (Erişim Tarihi: 24.03.2021).

GOLDSMITH, Aren / MELCHIONDA Lorenzo, "The ICC's Guidance Note on Disclosure and Third-Party Funding: A Step in the Right Direction", Kluwer Arbitration Blog, http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/03/14/the-iccs-guidance-note-on-disclosure-and-third-party-funding-a-step-in-the-right-direction/ (Erişim Tarihi: 25.03.2021).

GOLDSTEIN Marc, "Should the Real Parties in Interest Have to Stand Up? - Thoughts About a Disclosure Regime for Third-Party Funding in International Arbitration", Transnational Dispute Management, Issue 4, 2011, www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=1745 (Erişim Tarihi: 25.03.2021).

HOSKING Ruth, "Article 12(9) Of New ICC Rules: Is Party Autonomy Really Being Eroded?", Thomson Reuters Practical Law Arbitration Blog, http://arbitrationblog.practicallaw.com/article-129-of-new-icc-rules-is-party-autonomy-really-being-eroded/ (Erişim Tarihi: 26.03.2021).

IBA Guidelines on Conflict of Interest in International Arbitration, https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=e2fe5e72-eb14-4bba-b10d-d33dafee8918 (Erişim Tarihi: 25.03.2021).

IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration, https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=6F0C57D7-E7A0-43AF-B76E-714D9FE74D7F (Erişim Tarihi: 25.03.2021).

ICC Arbitration Commission Report on Arbitration Involving States and State Entities, https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2016/10/ICC-Arbitration-Commission-Report-on-Arbitration-Involving-States-and-State-Entities.pdf (Erişim Tarihi: 25.03.2021).

ICC Checklist for a Protocol on Virtual Hearings and Suggested Clauses for Cyber-Protocols and Procedural Orders Dealing with the Organisation of Virtual Hearings, https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/12/icc-checklist-cyber-protocol-and-clauses-orders-virtual-hearings-english.pdf (Erişim Tarihi: 24.03.2021).

ICC Commission Report on Controlling Time and Costs in Arbitration, https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2018/03/icc-arbitration-commission-report-on-techniques-for-controlling-time-and-costs-in-arbitration-english-version.pdf (Erişim Tarihi: 24.03.2021).

ICC Commission Report on Emergency Arbitrator Proceedings, www.isdc.ch/media/1736/emergency-arbitrator-proceedings-icc-report.pdf (Erişim Tarihi: 25.03.2021).

ICC Court Adopts Guidance Note on Conflict Disclosures by Arbitrators, https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/icc-court-adopts-guidance-note-on-conflict-disclosures-by-arbitrators/ (Erişim Tarihi: 25.03.2021).

ICC Court to Communicate Reasons as a New Service to Users, https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/icc-court-to-communicate-reasons-as-a-new-service-to-users/ (Erişim Tarihi: 26.03.2021).

ICC Guidance Note on Possible Measures Aimed at Mitigating the Effects of the COVID-19 Pandemic, https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/04/guidance-note-possible-measures-mitigating-effects-covid-19-english.pdf (Erişim Tarihi: 24.03.2021).

ICC Unveils Revised Rules of Arbitration, https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/icc-unveils-revised-rules-of-arbitration/ (Erişim Tarihi: 24.03.2021).

ICSID Konvansiyonu, https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc071/kanuntbmmc071/kanuntbmmc07103460.pdf (Erişim Tarihi: 25.03.2021).

ICSID Convention Arbitration Rules, https://icsid.worldbank.org/resources/rules-and-regulations/convention/arbitration-rules (Erişim Tarihi: 25.03.2021).

Information Technology in International Arbitration-Report of the ICC Commission on Arbitration and ADR, https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/03/icc-information-technology-in-international-arbitration-icc-arbitration-adr-commission.pdf (Erişim Tarihi: 25.03.2021).

International Arbitration: Corporate Attitudes and Practices, 2008, PWC and Queen Mary University of London, https://www.pwc.co.uk/assets/pdf/pwc-international-arbitration-2008.pdf (Erişim Tarihi: 26.03.2021).

Investment Dispute Settlement Navigator, https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement (Erişim Tarihi: 25.03.2021).

LAL Hamish / DEFRANCHI Lea, "Party Nomination of Arbitrators: Égalité of Parties and the Dutco Principle", Akin Gump International Arbitration Alert, https://www.akingump.com/a/web/o7gr2fXq5GkYvfqpWfqpJS/Xbawz/international-arbitration-alert-party-nomination-of-arbitrators.pdf (Erişim Tarihi: 24.03.2021).

LEOVEANU Alina / GIOSAN Radu, "The 2021 ICC Arbitration Rules: Changes to the Arbitral Tribunal's Powers", Kluwer Arbitration Blog, http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/01/04/the-2021-icc-arbitration-rules-changes-to-the-arbitral-tribunals-powers/ (Erişim Tarihi: 25.03.2021).

MENON Smitha / TIAN Charles, "Joinder and Consolidation Provisions Under 2021 ICC Arbitration Rules: Enhancing Efficiency and Flexibility for Resolving Complex Disputes", Kluwer Arbitration Blog, http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/01/03/joinder-and-consolidation-provisions-under-2021-icc-arbitration-rules-enhancing-efficiency-and-flexibility-for-resolving-complex-disputes/ (Erişim Tarihi: 24.03.2021).

Message from the President, https://library.iccwbo.org/content/dr/BULLETINS/Bull_0080_MESSAGE.htm?l1=Bulletins&l2=ICC+Dispute+Resolution+Bulletin+2020+No.+3 (Erişim Tarihi: 25.03.2021).

Milletlerarası Tahkimde Taraf Temsiline İlişkin Kılavuz İlkeleri, https://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx (Erişim Tarihi: 25.03.2021).

ORIELLI Mariella / DODGE Kirstin / MEINERI Pietro, "ICC Arbitration Rules, Keeping Up with Evolving Trends", https://www.homburger.ch/en/insights/icc-arbitration-rules-keeping-up-with-evolving-trends (Erişim Tarihi: 26.03.2021).

Proposals for Amendment of the ICSID Rules, Working Paper #4, February 2020, https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/WP_4_Vol_1_En.pdf (Erişim Tarihi: 25.03.2021).

Recommendations regarding the existence of third-party funding in arbitrations administered by CAM-CCBC, https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/en/administrative-resolutions/ar-18-2016-recommendations-regarding-the-existence-of-third-party-funding-in-arbitrations-administered-by-cam-ccbc/ (Erişim Tarihi: 25.03.2021).

Rules on the Efficient Conduct of Proceedings in International Arbitration (Prague Rules), https://praguerules.com/upload/medialibrary/9dc/9dc31ba7799e26473d92961d926948c9.pdf (Erişim Tarihi: 26.03.2021).

SCC Policy Disclosure of Third Parties with an Interest in the Outcome of the Dispute, https://sccinstitute.com/media/1035074/scc-policy-re-third-party-interests-adopted.pdf (Erişim Tarihi: 25.03.2021).

SCHERER Maxi / SCHWARZ Franz / ORTNER Helmut / JENSEN Ole, "In a 'First' Worldwide, Austrian Supreme Court Confirms Arbitral Tribunal's Power to Hold Remote Hearings Over One Party's Objection and Rejects Due Process Concerns", Kluwer Arbitration Blog, http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/10/24/in-a-first-worldwide-austrian-supreme-court-confirms-arbitral-tribunals-power-to-hold-remote-hearings-over-one-partys-objection-and-rejects-due-process-concerns/ (Erişim Tarihi: 24.03.2021).

SCHERER Maxi, "Conduct of Legal Representatives under the 2014 LCIA Arbitration Rules: How to Apply the New Provisions", Kluwer Arbitration Blog, http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/03/23/conduct-of-legal-representatives-under-the-2014-lcia-arbitration-rules-how-to-apply-the-new-provisions/ (Erişim Tarihi: 25.03.2021).

TEVENDALE Craig / FRANC-MENGET Laurence / TOMASI Thierry / FOX Emily/ NAISH Vanessa / WARDER Rebecca, "The New ICC Rules: What You Need to Know", Herbert Smith Freehills Arbitration Notes, https://hsfnotes.com/arbitration/2020/10/09/the-new-icc-rules-2021-what-you-need-to-know/ (Erişim Tarihi: 24.03.2021).

Uluslararası Baroları Birliği Menfaat Çatışmaları Hakkında Rehber İlkeleri, https://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx (Erişim Tarihi: 25.03.2021).

UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/06-54671_ebook.pdf (Erişim Tarihi: 25.03.2021)

Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki New York Konvansiyonu, http://tahkim.barobirlik.org.tr/dokuman/newyorksozlesmesi.pdf (Erişim Tarihi: 24.03.2021)

2004 Swiss Rules, https://www.swissarbitration.org/FileDownload/Download/249 (Erişim Tarihi: 24.03.2021).

2012 Swiss Rules, https://www.swissarbitration.org/files/837/Swiss%20Rules%202019/Web%20versions%202019/Arbitration%20Web%202019/Arbitration/SwissRules2012_English_2019.pdf (Erişim Tarihi: 24.03.2021).

2013 UNCITRAL Arbitration Rules, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/uncitral-arbitration-rules-2013-e.pdf (Erişim Tarihi: 25.03.2021).

2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration, http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2015_International_Arbitration_Survey.pdf (Erişim Tarihi: 25.03.2021).

2016 SIAC Arbitration Rules, https://www.siac.org.sg/our-rules/rules/siac-rules-2016 (Erişim Tarihi: 24.03.2021).

2017 CIETAC International Investment Arbitration Rules, http://www.cietac.org/index.php?m=Page&a=index&id=390&l=en (Erişim Tarihi: 25.03.2021).

2017 ICC Arbitration Rules, https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/01/ICC-2017-Arbitration-and-2014-Mediation-Rules-english-version.pdf (Erişim Tarihi: 24.03.2021).

2017 ICC Dispute Resolution Statistics, https://library.iccwbo.org/content/dr/pdfs/2017-icc-dispute-resolution-statistics.pdf (Erişim Tarihi: 25.03.2021).

2017 Tahkim Kuralları, https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2019/08/icc-2017-arbitration-and-2014-mediation-rules-turkish-version.pdf (Erişim Tarihi: 24.03.2021).

2017 SIAC Investment Arbitration Rules, https://www.siac.org.sg/images/stories/articles/rules/IA/SIAC%20Investment%20Rules%202017.pdf (Erişim Tarihi: 25.03.2021).

2018 DIS Arbitration Rules, https://www.disarb.org/en/tools-for-dis-proceedings/dis-rules#c344 (Erişim Tarihi: 26.03.2021).

2018 HKIAC Administered Arbitration Rules, https://www.hkiac.org/arbitration/rules-practice-notes/hkiac-administered-2018 (Erişim Tarihi: 25.03.2021).

2018 HKIAC Expedited Arbitration Rules, https://www.hkiac.org/arbitration/process/expedited-hkiac-arbitration (Erişim Tarihi: 24.03.2021).

2018 ICC Dispute Resolution Statistics, https://library.iccwbo.org/content/dr/pdfs/2018statistics_iccdisputeresolution_898.pdf (Erişim Tarihi: 25.03.2021).

2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration, http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-(2).PDF (Erişim Tarihi: 24.03.2021).

2019 ICC Dispute Resolution Statistics, www.iccwbo.org/publication/icc-dispute-resolution-statistics/ (Erişim Tarihi: 24.03.2021).

2019 Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration under the ICC Rules of Arbitration, https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/03/icc-note-to-parties-and-arbitral-tribunals-on-the-conduct-of-arbitration.pdf (Erişim Tarihi: 25.03.2021).

2020 LCIA Arbitration Rules, https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2020.aspx (Erişim Tarihi: 24.03.2021).

2020 MCA Arbitration Rules, https://www.camera-arbitrale.it/upload/documenti/arbitrato/ARBITRATION%20RULES%202020.pdf (Erişim Tarihi: 05.04.2021).

2021 ICC Arbitration Rules, https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/12/icc-2021-arbitration-rules-2014-mediation-rules-english-version.pdf (Erişim Tarihi: 25.03.2021).

2021 Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration under the ICC Rules of Arbitration, https://iccwbo.org/publication/note-parties-arbitral-tribunals-conduct-arbitration/ (Erişim Tarihi: 24.03.2021).

Kararlar

BKMI Industrienlagen GmbH et Siemens AG v Dutco Construction Bull. Civ. 1 No 2, decision of the Chambre Civile 1 of the Cour de Cassation of January 7, 1992.

Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. The Republic of the Philippines, ICSID Case No. ARB/03/25.

Hrvatska Elektroprivreda, d.d. v. Republic of Slovenia, ICSID Case No. ARB/05/24.

Muhammet Cap & Sehil Insaat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti v. Turkmenistan, ICSID Case No. ARB/12/6.

Noble Resources International Pte. Ltd v. Shanghai Good Credit International Trade Co., Ltd. (2016) Hu 01 Xie Wai Ren No. 1, the Shanghai No.1 Intermediate People's Court, 11 August 2017.

Rompetrol Group NV v. Romania, ICSID Case No. ARB/06/03.

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2021; 1: 1193-1236

İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE EKSİK İŞ KAVRAMI(*)

Av. **Fatma Işık KARATAŞ**(**)

Öz: İnşaat sözleşmelerinde, yüklenicinin inşa etmeyi yüklendiği yapıyı sözleşmede belirlenmiş nitelikte ve eksiksiz olarak teslim etmek, asli yükümlülüğüdür. Eksik iş kavramı, Türk Borçlar Kanunu'nda yer almamaktadır. Bu nedenle ancak eksik işe ilişkin doktrinde yer alan görüşlerin değerlendirilmesi ve Yargıtay'ın eksik işi nasıl tanımladığı yol gösterici olacaktır. İnşaatta eksik işlerin bulunmasının inşaatın teslimine ne şekilde etki edeceğini belirlemek, önemlidir. Çalışmamızda, temel olarak, eksik iş bağlamında önemli bir yeri olan teslim ve kabul kavramları ele alınacak ve uygulamada sıkça karşılaşılan ve eksik iş teşkil edip etmediği tartışmalı olan haller değerlendirilecektir. Son kısımda ise eksik iş nedeniyle teslim edilememiş ve eksik işlere rağmen teslim edilmiş inşaatta, iş sahibinin sözleşmeden beklediği menfaati nasıl elde edeceği ve neler talep edebileceği tartışmasının üzerinde durulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Eksik İş, Yüklenicinin Teslim Borcu, Eksik İş Halinde Teslim, İnşaat Sözleşmelerinde Kısmi İfa, İş Sahibinin Hakları.

INCOMPLETE WORK IN CONSTRUCTION CONTRACTS

Abstract: It is the principal obligation of the contractor in construction contracts to deliver the building that he has undertaken to construct, in the quality and complete in the contract. The term of incomplete work is not included in the Turkish Code of Obligations. For this reason, it will only be instructive to evaluate the opinions in the

(*) Makale Gönderim Tarihi: 24.02.2021. Makale Kabul Tarihi: 12.04.2021.

(**) İstanbul Barosu Avukatı;
Bahçeşehir Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi
(ORCID no: 0000-0002-9716-0988; *isikaratas@gmail.com*).

doctrine regarding incomplete work and how the Supreme Court defines incomplete work. It is important to determine how the incomplete works in construction will affect the delivery of the construction. In this study, the concepts of delivery and acceptance, which have an important place in the context of incomplete work, will be discussed and the cases that are frequently encountered in practice and whether they constitute deficient work will be evaluated. In the last part, the discussion of how the employer will get the benefit expected from the contract and what he can demand in the construction that was not delivered due to incomplete work and was delivered in spite of incomplete works will be emphasized.

Keywords: Incomplete Work, Contractor's Delivery Obligation, Delivery in Incomplete Work, Partial Performance in Construction Contracts, Employer's Rights.

GİRİŞ

Eser sözleşmesinin en çok uygulanan türlerinden biri olarak karşımıza çıkan inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin ve iş sahibinin sözleşmeden ve mevzuattan doğan asli ve yan edim yükümlülükleri vardır. Sözleşmenin bir tarafının edimini hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde, karşı tarafın başvurabileceği hukuki yollar ile hak kayıplarının engellenmesi amaçlanmaktadır. Bu hukuki yolların tespiti için eksik iş ve ayıplı ifa kavramlarının hangi durumlarda kendisini göstereceğini belirlemek önem taşır.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda ve ilgili diğer mevzuatta, eksik iş kavramı açıkça tanımlanmamaktadır. Bu nedenle, Yargıtay ve doktrin tarafından eksik iş kavramına tabi olarak değerlendirilen ve inşaat sözleşmeleri uygulamasında sıklıkla karşılaşılan eksik iş hallerinin irdelenmesi çalışmamızın amaçlarındandır. Çalışmamız, uygulamada sıklıkla bir arada varlık gösteren ve birbirinden ayırt edilmesi zaman zaman güç olan eksik iş ve ayıplı iş kavramları karşılaştırılarak ilerleyecektir. Yüklenicinin, borcunu hangi durumlarda eksik, hangi durumlarda ayıplı olarak ifa ettiğinin nasıl tespit edileceği ve bu hallerde iş sahibinin yükleniciye karşı ileri sürebileceği haklar, doktrindeki görüşler ve Yargıtay kararları çerçevesinde aydınlatılmaya çalışılacak hususlardır. Eksik iş ve ayıplı iş ayrımının yapılması gerekliliğinin nedeni, bu iki halin hukuki sonuçlarının birbirinden farklı olmasıdır.

Bu çalışmada, eksik iş halinde, iş sahibinin haklarını kullanabilmesi bakımından önem teşkil eden teslim kavramı ve teslim ile sıkı bir bağı bulunan kabul kavramı ele alınacaktır. Teslimin gerçekleştiği anın tespiti, iş sahibinin ayıplı ifadan doğan haklarını kullanabilmesinin ön şartı olan gözden geçirme ve bildirim külfeti açısından büyük önem taşır. Teslimin gerçekleştiği anın tespitinden de öncelikli olarak, teslimin hangi durumlarda gerçekleşip gerçekleşmeyeceği konusu, doktrinde farklı yorumların benimsenmesine neden

olmuştur. Son olarak eksik iş halinde iş sahibinin başvurabileceği hukuki yollar ve bu yollara bağlı olarak ileri sürebileceği talepler Yargıtay kararları ile birlikte incelenecektir.

I. EKSİK İŞ KAVRAMI VE AYIPLI İŞTEN AYIRT EDİLMESİ

Eser sözleşmesinde yüklenicinin üstlendiği eser meydana getirme borcu, inşaat sözleşmesinde bir taşınmaz yapı inşa etme borcu olarak kendisini gösterir[1]. Yüklenici, inşa etmeyi yüklendiği yapıyı sözleşmede belirlenmiş nitelikte ve eksiksiz olarak teslim etmekle yükümlüdür[2]. İnşaat sözleşmelerinde yüklenicinin asli borcu, yapıyı sözleşme ve eklerine, düzenlenen plan ve projesine uygun şekilde tamamlamak ve teslim etmektir[3]. Çoğunlukla inşaatın teknik nitelikleri, bağımsız bölümlerin içereceği nitelikler inşaat sözleşmelerinde teknik şartnameler ile taraflarca kararlaştırılır. Sözleşmede kararlaştırılan bu niteliklere uygun olmayan bir yapının inşa edilmesi halinde, sözleşmeye aykırılıktan bahsedilir. Eksik veya ayıplı ifa, sözleşmeye

---

1 SELİÇİ Özer, **İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu**, 1. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1978, s. 4; KÖKSAL Tunay, 'Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinin Hazırlanması ve Uygulanması Süreci', **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 109, Dönem: 2013, s. 411; AYAN Serkan, **İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü**, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 23; ÖZ Turgut, **İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi**, 1. Bası, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1989, s. 81; ÜREM Müge, **Eser Sözleşmesinde Erken Dönme, Yüklenicinin İşe Zamanında Başlama ve İşi Gecikmeksizin Yürütme Borcuna Aykırılığın Sonuçları (TBK m.473/I)**, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 15 - 38; KURT Leyla Müjde, **Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü**, 1. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 27.

2 EREN Fikret, **İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları**, BATİDER, (İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer), Ankara, 2001, s. 4; ERMAN Hasan, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, 3. Bası, Der Yayınları, İstanbul, 2010, s. 2; KURŞAT Zekeriya, **İnşaat Sözleşmesi**, 1. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, s. 7; SEÇER Öz, **Eser Sözleşmesinin İş Sahibi Tarafından Tam Tazminatla Feshi**, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 27; SEÇER Öz, "İnşaat Sözleşmesinde Ayıbın İş Sahibinden Kaynaklanması", **GSÜHFD**, Cilt: 19, Sayı: 1, Haziran 2020; s. 404; ÜREM, s. 6. Y.14.HD., 12.09.2017 T., 2015/4765 E., 2017/6170 K. "*Kural olarak da aslolan sözleşmenin kararlaştırıldığı şekilde eksiksiz ifasıdır. Aksi halde, sözleşmeden beklenen yararlar dengesi bir taraf aleyhine bozulur. Böyle bir durumda da yüklenici edimini yerine getirmiş kabul edilemez*." Bkz. www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 05.02.2021). Olağan eser sözleşmesi ve eser teslim sözleşmesi farkı için bkz: EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 5. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, Eylül 2017, s. 621.

3 AYAN, s. 60. Y. 15. HD., 31.10.2003 T., 2003/1739 E., 2003/5138 K. Bkz. www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 05.02.2021); Y.15.HD., 27.01.2009 T., 2008/489 E., 2009/394 K. (KARADAŞ İzzet, **Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri Kurulması Uygulanması Sona Ermesi Sona Ermesinin Sonuçları**, 6098 Sayılı (Yeni) Türk Borçlar Kanunu'na Göre Düzenlenmiş 3. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013., s. 130).

aykırılık kapsamında değerlendirilir[4]. Sözleşmede borçlanılmış işlerin tümünün tamamlanmamış olması halinde eksik iş söz konusudur[5]. Hukuken bağlayıcı iş değişikliği ve ek işlerin bir kısmının hiç yapılmamış olması da eksik iş niteliğindedir[6].

Yargıtay, sözleşmeye ve dürüstlük kurallarına göre yapılması gerekirken fiilen yapılmamış olan işleri, eksik iş; yapılması gereken iş ile fiilen yapılan iş arasında farklar olduğunda ise bu ifayı, ayıplı iş olarak değerlendirmektedir[7]. Ayıplı iş vasıf noksanlığını ifade ettiği halde, eksik iş kavramı yapılmayan iş olarak değerlendirilir[8]. Ayıp, sözleşmeye göre eserde bulunması gereken niteliklerin bulunmaması veya bulunmaması gereken bozuklukların bulunmasıdır[9]. Ayıp söz konusu olduğunda eser, meydana gelmiştir; fakat dürüstlük kuralına veya sözleşmeye aykırı olarak meydana gelmiştir[10]. Bu doğrultuda, ayıbın iki farklı biçimde gerçekleşeceği söylenebilir. İlk durum, sözleşmede yüklenicinin taahhüt ettiği niteliklerin inşaatta bulunmamasıdır. Mutfak dolaplarında kullanılacak malzemenin sözleşmede taahhüt

---

4 AKSOY DURSUN Sanem, 'Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Eksik İş Kavramı ve Kavramın Ayıplı İşten Farkları', **Legal Hukuk Dergisi**, Mayıs 2011, s. 1845.

5 ŞENOCAK Zarife, **Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı**, 1. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2002, s. 106; KURT, s. 72; AYAN, s. 61; ŞAHİNİZ Cevdet Salih, **Eser Sözleşmelerinde Yüklenicinin Eksik İfa (Eksik İş) ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu**, 1. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 39; SEÇER, s. 112. Y. 14. HD., 25.10.2011 T., 2011/10346 E., 2011/12661 K.; YHGK, 09.12.1992 T., 1992/15-649 E., 1992/732 K., Bkz. www.kazanci.com, (Erişim tarihi: 05.02.2021).

6 AYAN, s. 61; ÖZ, s. 130.

7 Y. 13. HD., 19.06.2013 T., 2012/25184 E., 2013/16764 K.; Y. 13. HD., 27.03.2014 T., 2014/875 E., 2014/9019 K. Bkz. www.kazanci.com, (Erişim tarihi: 12.04.2021).

8 AKSOY DURSUN, s. 1847. YHGK., 27.09.2000 T., 2000/15-1134 E., 2000/1191 K.; YHGK., 20.02.2013 T., 2012/751 E., 2013/265 K.: "Ayıp kavramı ile eksik iş birbirinden farklıdır. Ayıp; yasa ya da sözleşmede öngörülen unsurlardan birinin veya birkaçının eksikliği ya da olmaması gereken vasıfların bulunması halidir. Eksik iş; sözleşme konusu işlerin yapılmamasıdır. Öteki deyişle, hiç yapılmayan iştir.". Bkz. www.kazanci.com, (Erişim tarihi: 05.02.2021).

9 Y. 15. HD., 14.02.2006 T., 2005/5103 E., 2006/727 K.; Y. 15. HD., 22.03.2010 T., 2009/1859 E., 2010/1605 K. Y. 23. HD., 18.03.2015 T., 2014/3251 E., 2015/1693 K.: "*Eksik iş, sözleşme ve eklerine göre yapılması kararlaştırıldığı, halde tam yapılmayan iştir. Ayıplı eser sözleşmede kararlaştırılan vasıfları veya olmasından vazgeçilmez bazı vasıfları taşımayan eserdir. Diğer anlatımla ayıp, bir malda ya da eserde sözleşme ya da yasa hükümlerine göre normal olarak bulunması gereken niteliklerin bulunmaması ya da bulunmaması gereken bozuklukların bulunmasıdır.*". Bkz. www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 24.04.2021). ÇETİNER Bilgehan, 'Gelir Paylaşımlı İnşaat Sözleşmeleri Kapsamında İnşa Edilen Bağımsız Bölümlerin Ayıplı Olmasından Doğan Sorumluluğun Koşulları', Derleyen: Emrehan İnal, **Gelir Paylaşımlı İnşaat Sözleşmesi Çalıştayı**, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 111.

10 SELİÇİ, s. 136, ÖZ, s.92; ŞENOCAK, Ayıbın Giderilmesi, s. 93.

edilenden farklı olması buna bir örnektir. Sözleşmeye aykırılığa rağmen inşaatın teknik olarak kusursuz olması, hatta daha kullanışlı olması ayıbın varlığını engellemez[11]. İkinci durum ise sözleşmede kararlaştırılmamış fakat dürüstlük kuralı gereğince inşaatın kendisinden beklenen yararı gerçekleştirmeye elverişli olmamasıdır. Su geçiren pencereler buna örnek sayılabilir. Bu yorum kanaatimizce eksik iş için de yapılabilir. Sözleşmede kararlaştırılmamış olsa da dürüstlük kuralına göre, yapıda olmaması halinde eksik iş olarak değerlendirilecek unsurlar söz konusu olabilir. Eksik iş kavramı sözleşmede belirlendiği halde yapılmamış olan veya orta seviyede bir inşaatta bulunması beklenen; fakat yapılmamış olan işleri ifade eder[12]. Mutfak dolaplarının takılmaması, kapıların sözleşmede kararlaştırılandan az sayıda takılması halleri eksik işe örnek olarak sayılabilir.

Ayıplı iş ve eksik iş ayrımı her somut olayda çok açık değildir. Gauch'a göre eksik iş ve ayıplı iş kavramlarını ayırabilmek için şu kıstas uygulanabilir; eksikliğin giderilmesi için inşaatın geri kalan kısmına zarar verilmesi gerekmiyorsa eksik işten, eksikliğin giderilmesi için inşaatın geri kalan kısmına müdahale edilmesi gerekiyorsa ayıplı işten söz edilecektir[13]. Örneğin; duvarın boyanmamış olması eksik iş olarak, astar sürülmeden boyanın yapılmış olması ayıplı iş olarak değerlendirilir[14]. Bu ayırt etme yönteminin işlevsel olduğunu kabul etmek gerekse de bu formülün her somut olay için doğru sonucu vermeyeceğine dikkat çekmek isteriz. Örneğin; binada asansörün yapılması için uygun alan bırakılmadan inşaatın tamamlanması halinde

---

[11] YHGK, 26.02.2020 T., 2017/15-252 E., 2020/224 K.: "*Dolayısıyla ayıp, iki ayrı anlam içermektedir. Bunlardan ilki, yüklenicinin eserde gerçekleşeceğini taahhüt ettiği niteliklerin mevcut olmaması hâlidir. Sözleşmede üzerinde anlaşılan vasıf eksik olmasına rağmen eser teknik açıdan kusursuz da olsa, yine de ayıplıdır. Hatta eser, sözleşmede kararlaştırılan vasfı taşımadığından dolayı daha değerli veya sağlam dahi olsa yine de ayıplıdır. Zira yüklenici, herhangi bir şekilde kullanıma uygun olanı değil, sözleşmede kararlaştırılan koşullara göre eseri yapmakla yükümlüdür."* Bkz. www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 24.04.2021). KOSTAKOĞLU Cengiz, **İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri**, 4. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2005, s. 547.

[12] GAUCH Peter, **Der Werkvertrag, Vierte Überarbeitete Und Erweiterte Auflage**, Zürich, Schulthess, 1996, s. 402, N 1446 (AKSOY DURSUN, s.1847'den naklen).

[13] GAUCH, s. 403, N 1449. (AKSOY DURSUN, s.1847'den naklen). Bu görüşte: KURT, s. 72; UÇAR Ayhan, "İstisna Sözleşmesinde Teslim Kavramı, Teslimin Usulü ve Hukuki Sonuçları", **AÜEHFD**, Yıl: 2001, Cilt: V, Sayı: 1 - 4, s. 532; AYAN, s. 61. Gauch'un ayıplı iş olarak nitelendirdiği hallerde de -yapılması gereken iş yapılmadığından- eksik işin söz konusu olacağına dair karşı görüş için bkz. KOLLER Alfred, **Das Nachbesserungsrecht im Werkvertrag,** 2., Überarbeitete Und Erweiterte Auflage, Zürich, Schulthess, 1995, N 36. Ancak sonradan Koller görüş değiştirmiştir. (AKSOY DURSUN, s.1847, dn. 13'ten naklen).

[14] KURT, s. 72.

inşaatın geri kalan kısmına zarar verilmeden bu durumun düzeltilmesi mümkün değildir; fakat asansörün yapılmamış olması bir eksik iştir.

II. YÜKLENİCİNİN ESERİ TESLİM BORCU

1. Teslim Kavramı

Türk Borçlar Kanunu'nun[15] eser sözleşmesini düzenleyen hükümlerinde yüklenicinin eseri teslim etme borcundan açıkça bahsedilmemiş olsa da ilgili hükümlerin lafzından yüklenicinin eseri teslim borcunun varlığı ve önemi anlaşılmaktadır[16]. Teslim, inşaat sözleşmeleri bakımından yüklenicinin ana borçlarındandır[17]. TBK'nın teslim ve kabule önemli hukuki sonuçlar bağlaması nedeniyle, teslimin gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti önemlidir[18].

İnşaat sözleşmelerinde yüklenici iş sahibine eseri tamamladığını bildirmeli ve bu bildirim üzerine iş sahibi de eserin tamamlandığını belirleyip teslim almalıdır. Bu bildirim yüklenici tarafından açık bir irade beyanıyla veya eserin tamamlandığının anlaşılacağı şekilde eserin iş sahibinin tasarrufuna bırakılması gibi örtülü bir irade beyanıyla da yapılabilir[19]. Teslim, sözleşmeye uygun olarak tamamlanmış bir eserin iş sahibine yüklenici tarafın-

---

15 RG., Tarih: 04.02.2011, Sayı: 27836.

16 TANDOĞAN Haluk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt: 2**, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, Ankara, 2010, s. 124; KURT, s. 67; UÇAR, Teslim, s. 513. Örneğin; TBK m.473/1 "*teslim için belirlenen günü*", TBK m.474/1 "*eserin tesliminden sonra*", TBK m.477 "*Eserin açıkça veya örtülü olarak kabulünden sonra*", TBK m.478 "*teslim tarihinden başlayarak*", TBK m.479'da iş sahibinin bedel ödeme borcunun eserin teslimi anında muaccel olacağından da yüklenicinin bedel talep etme hakkının doğabilmesi için teslimi gerçekleştirmeye muhtaç olduğu anlaşılmaktadır.

17 EREN, Müteahhidin Borçları, s. 4; ERMAN, s. 2; KURŞAT, s. 7; SEÇER, Tam Tazminatla Fesih, s. 27; SEÇER, İnşaat Sözleşmesinde Ayıbın İş Sahibinden Kaynaklanması, s. 404; ÜREM, s. 6. Y.14.HD., 12.09.2017 T., 2015/4765 E., 2017/6170 K. "*Kural olarak da aslolan sözleşmenin kararlaştırıldığı şekilde eksiksiz ifasıdır. Aksi halde, sözleşmeden beklenen yararlar dengesi bir taraf aleyhine bozulur. Böyle bir durumda da yüklenici edimini yerine getirmiş kabul edilemez*." Bkz. www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 05.02.2021). Olağan eser sözleşmesi ve eser teslim sözleşmesi farkı için bkz: EREN, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, s. 621; UÇAR Ayhan, **İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu**, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s. 79. SELİÇİ, TBK m.473'te düzenlenen; yüklenicinin işe zamanında başlamaması, işi geciktirmesi veya iş sahibine yüklenemeyecek bir nedenden dolayı işi zamanında bitiremeyeceğinin anlaşılması hallerinde iş sahibine teslim gününü beklemeksizin dönme hakkının verilmesi (bu hallerin özel bir düzenleme ile bir temerrüt sonucuna bağlanmasını) nedeniyle, iş görme ediminin teslime hazırlık safhası değil bir asli edim borcu olarak görüldüğünü vurgulamıştır. Bkz. SELİÇİ, s. 36 - 37.

18 Bkz. II, 6. Teslim ve Kabulün Gerçekleşmesinin Sonuçları.

19 SELİÇİ, s.36-37; UÇAR, Ayıba Karşı Tekeffül, s. 102.

dan fiilen sunulup verilmesi, iş sahibinin doğrudan hâkimiyet alanına sokulması olarak tanımlanabilir[20]. Teslim borcunun ifa yeri yapının bulunduğu yerdir. Teslim için eser tamamlanmış olmalıdır[21]. İnşaatın meydana getirilmesi, çoğunlukla iş sahibine ait arsa üzerinde -diğer bir deyişle iş sahibinin hâkimiyet alanında- gerçekleştirildiğinden teslim, eserin zilyetliğinin nakledilmesiyle değil; yüklenicinin, eserin tamamlandığını iş sahibine bildirmesi ve inşaatı iş sahibinin kullanımına uygun şekilde terk etmesi ile gerçekleşir[22]. Genellikle teslim, yüklenicinin ve iş sahibinin birlikte inşaatı gezerek işin tamamlanmış olduğunu belirlemeleriyle gerçekleşir. Bu noktada fiili teslim ve hukuki teslim ayrımının yapılması önemlidir. Fiili teslim eserin zilyetliğinin devri veya tamamlama bildiriminin yapılması ve yüklenicinin eserden el çekmesi olarak; hukuki teslim ise iş sahibinin eseri teslim alma iradesiyle veya iş sahibinin teslim alma iradesi olmasa da dürüstlük kuralınca eserin teslim edildiğinin varsayılacağı hallerde gerçekleşir.

Satış sözleşmesine ilişkin TBK m.232'nin aksine, eser sözleşmesine ilişkin hükümlerde "teslim alma" bir borç olarak düzenlenmemiştir. Teslim alma bir külfettir ve bu külfetin yerine getirilmemesi iş sahibi bakımından alacaklı temerrüdü ile sonuçlanır[23].

Doktrinde bir görüş, teslimi, "yapının sözleşme ve eklerine uygun olarak eksiksiz ve ayıpsız olarak tamamlanıp iş sahibinin zilyetliğine bırakılması" olarak tanımlamıştır[24]. Fakat kanaatimizce, "ayıpsız olarak" ifadesi ayıplı bir malda teslimin gerçekleşmeyeceği yorumunu doğurabilir ve bu ifade, iş sahibinin ayıp nedeniyle doğan haklarının kullanımının TBK tarafından teslime bağlanması nedeniyle kanunun lafzı ve amacıyla uyuşmaz. İnşaatın ayıplı teslimi halinde yüklenicinin teslim borcu ayıptan doğan sorumluluğa dönüşür. İş sahibinin ifaya yönelik talebi ise teslimle birlikte ayıptan sorum-

---

[20] EREN, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, s. 621 - 622; ZEVKLİLER Aydın / GÖKYAYLA Emre, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 17. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017, s. 486; ARAL Fahrettin / AYRANCI Hasan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 11. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 393; UÇAR, Ayıba Karşı Tekeffül, s. 91; KURT, s. 67.

[21] SELİÇİ, s. 35, dn. 73; UÇAR, Ayıba Karşı Tekeffül, s. 103; AYAN, s. 63.

[22] ŞENOCAK, Ayıbın Giderilmesi, s.80; TANDOĞAN, s. 125; KURT, s. 68; AYAN, s. 52-61; ŞAHİNİZ, s. 11.

[23] ŞAHİNİZ, s. 3. Y. 15. HD., 13.01.2020 T., 2019/2482 E., 2020/22 K.: "Davalı iş sahibinin tamamlanmış olan eseri teslim almaktan haklı bir neden olmaksızın kaçınması halinde de alacaklı temerrüdüne düşeceğinden..." Bkz. www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 24.04.2021).

[24] AYDEMİR Efrail, **Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku**, Ankara, 2012, s. 219; Aynı yönde bkz. ŞAHİNİZ, s. 20.

luluğa dair taleplere dönüşür[25]. Buna karşın belirtmek gerekir ki; eserin, iş sahibinin dürüstlük kuralı çerçevesinde teslim almaktan kaçınabileceği ölçüde ayıplı olması halinde -iş sahibinin iradesi doğrultusunda- teslim gerçekleşmeyebilir[26].

2. Eksik İşlerin Teslime Etkisi ve Teslimin Gerçekleşeceği Durumlar

Doktrinde hâkim görüşe göre, eksik işlerin bulunduğu eser, tamamlanmamış sayılacağından teslim gerçekleşmez[27]. Teslimin gerçekleşebilmesi için eser, ayıplı da olsa tamamlanmış olmalıdır. Eserin ayıplı olmaması teslimin şartı değildir. Bu durumda ortada ayıplı da olsa "tamamlanmış" bir eser vardır. Fakat eserde eksik işlerin olması halinde; eser, sözleşmede kararlaştırılan haliyle henüz ortaya çıkmadığından teslim ve dolayısıyla ifa gerçekleşmez[28]. Eserin tamamlanmasından, sözleşmede kararlaştırılan işlerin tümünün yapılmış olması anlaşılmalıdır. Yüklenici, tamamlamadığı eseri teslim edemeyeceği gibi iş sahibi de tamamlanmamış eseri teslim almaya zorlanamaz. Dolayısıyla ifayı talep hakkı eser tamamlanana kadar varlığını koruyacaktır[29].

Eksikliğin hukuki anlamda teslimi engellemesi dürüstlük kuralı bakımından sınırlanmalıdır. Eserde eksik işlerin bulunmasının teslime engel olacağı kuralının, eksik işin derecesine göre birtakım istisnalarının bulunduğunu söyleyebiliriz. Eksiklik; önemsiz eksiklik, orta derecede önemli eksiklik ve önemli eksiklik olarak sınıflandırılabilir[30]. Eksikliğin; önemli olup olmadığı, eksikliğin inşaatın tamamına oranının hesaplanması ile değil somut olayda inşaattaki önemine göre belirlenmelidir[31]. Teslimin gerçekleşip gerçekleşmediği sorusunun cevabı, eksik işin, inşası ve teslimi borçlanılan

---

25 ŞAHİNİZ, s. 70.

26 Bkz. II. 3. İş Sahibinin İnşaatı Teslim Almaktan Kaçınma Hakkı.

27 SELİÇİ, s.134; TANDOĞAN, s. 126; UÇAR, Ayıba Karşı Tekeffül, s. 102-103; Haluk BURCUOĞLU, "Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları ve Özellikle Bu Hakların Kullanılabilmesi İçin Uyulması Gereken Süreler", **Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan**, 1. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1990, s. 287; AYAN, s. 63; UÇAR, Teslim, s. 529.

28 SELİÇİ, s. 40; UÇAR, Ayıba Karşı Tekeffül, s. 102; CANBOLAT Ferhat, **Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakların Kullanılması İçin Gerekli Şartlar**, 1. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s. 58 - 59.

29 Sözleşme ile taraflar teslimin gerçekleşmesini eserin tamamlanmasından başka şartlara bağlayabilirler ve teslimin gerçekleşeceği zamanı belirleyebilirler.

30 AYAN, s. 65 vd.; ŞAHİNİZ, s. 63 vd. Karşı görüş için bkz. ÇETİNER, s. 113 vd.

31 AYAN, s. 67, dn. 219.

eserin tamamına oranına göre bir değerlendirme yapılmakla bulunacaktır[32]. Doktrinde, önemsiz eksikliklerin varlığı halinde teslimin gerçekleşmesini engelleyecek bir durum olmadığı, orta derecedeki eksiklikler bakımından yüklenicide eserin teslim alındığı yönünde haklı bir güven oluşturuldu ise eserin teslim alınmadığının ileri sürülemeyeceği, fakat önemli eksikliklerde ise eserin tamamlanmış kısmı kullanılsa dahi; dürüstlük kuralına göre teslimin gerçekleşmeyeceği savunulmaktadır[33]. Bu görüşe göre, inşaatta önemli eksiklikler varsa eserin artık teslim edilebilir olma kabiliyeti ve yüklenicinin ifa iradesi yok olur ve teslim ancak eksikliklerin tamamlanmasıyla gerçekleşebilir[34].

Eksik işin niteliği ve miktarı esas alınarak, iş sahibinin, inşaatı ifa olarak kabul etmesinin dürüstlük kuralınca kendisinden beklendiği hallerde önemsiz eksikliklerden söz edilir[35]. Eksikliğin giderilebilmesi için küçük bir çalışma yetecek ise başka bir deyişle eksikliğin önemsiz olması halinde, eksik iş nedeniyle teslimin gerçekleşmeyeceğini savunmak hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilmeli ve bu halde eser teslim edilmiş sayılmalıdır[36]. Gauch da tamamlama prensibinin sınırlarını dürüstlük kuralının çizeceğini savunmaktadır. Yüklenicinin, eseri ifa amacıyla ve tamamlanmış gibi iş sahibine zilyetliğin devri ya da tamamlanma bildirimi ve el çekme suretiyle teslim etmiş olması durumunda; tamamlanacak az miktarda iş kalmış olması halinde, ne yüklenici işin tamamlanmadığı gerekçesiyle iş sahibinin ayıptan doğan hakları kullanmasını engelleyebilir, ne de iş sahibi açık veya örtülü bir beyanla (örneğin işin bedelini ödeyerek, onarım veya bedelde indirim hakkını kullanarak) eseri teslim aldığına yönelik yüklenicide haklı bir güven oluşturdu ise işin tamamlanmadığı

---

32 AYAN, s. 65.

33 Teslimin gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin, eksikliğin önemi temel alınarak değerlendirilmesi için bkz. AYAN, s. 65 vd.

34 AYAN, s. 67 - 68. Anahtar teslimi olarak kararlaştırılmış bir inşaatta kapı ve pencerelerin takılmamış olması önemli eksikliklere örnek olarak gösterilebilir. Bkz. AYAN, s. 68.

35 AYAN, s. 66.

36 SELİÇİ, s. 40; TURANBOY, s. 155; UÇAR, Ayıba Karşı Tekeffül, s. 103; UÇAR, Teslim, s. 530; UYGUR Turgut, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Cilt-II, Madde 237-649**, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 73; AYAN, s. 65-67; KURT, s. 70; PAKET Sabure, **Eser Sözleşmesinin İfasında Kabul**, Ankara, 2020, s. 110. Yargıtay da eserdeki eksikliğin önemine göre iş sahibinin talebinin dürüstlük kuralına uygun olup olmadığını değerlendirmiştir. Bkz.: Y. 13. HD., 27.01.2000 T., 1999/8766 E., 2000/497 K.: "*... cüzi nitelikte oldukları ve kısa bir süre içerisinde tamamlanabilecekleri anlaşılan bu eksikliklerin davacı tarafından tamamlanmayıp, yüksek miktardaki ceza bedelinin olabildiğince uzun bir süre için ödenmesini sağlamak amacıyla beklenilmiş olması, Medeni Kanunun 2. Maddesindeki objektif iyiniyet kurallarıyla da bağdaşmaz.*" Bkz. www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 24.04.2021).

savunmasını kullanabilir[37]. Önemsiz eksikliklerde yüklenicinin teslim iradesi teslimin gerçekleşmesi için yeterlidir; iş sahibinin iradesinin teslimin gerçekleşip gerçekleşmemesine ilişkin bir önemi yoktur[38]. İş sahibinin önemsiz eksiklikler nedeniyle inşaatı teslim almaktan kaçınması; dürüstlük kuralına aykırılık ve hakkın kötüye kullanılması sayılacağından kanaatimizce iş sahibinin alacaklı temerrüdüne düşmesine yol açar.

Mutfak dolaplarının takılmamış olması, bir odanın boyanmamış olması, yapı kullanma izninin alınması yüklenicinin yükümlülüğü ise iznin alınmamış olması[39] gibi orta derecede önemli eksiklikler için iş sahibi, açıkça, inşaatı bu haliyle ifa olarak kabul etmediğini açıklamadığı sürece teslim gerçekleşir. İş sahibinin; bedel ödeme borcunu kısmen veya tamamen yerine getirmesi, bağımsız bölüme yerleşmesi, bağımsız bölümü kiraya vermesi gibi durumlar kabul iradesi olarak yorumlanır. Fakat iş sahibi inşaatı bu hali ile ifa olarak kabul etmediğine dair bir ihtirazi kayıt ileri sürmekle birlikte yapıyı kullanırsa iş sahibinin bu kullanımını teslime karine olarak yorumlamak doğru olmaz[40]. Bu görüş uyarınca, iş sahibinin eksik işe dayalı, diğer bir deyişle borçlu temerrüdüne dayalı olarak kullanabileceği haklar orta derecede önemli eksiklikler için inşaatın açıkça kabul edilmemesine, ifanın gerçekleşmediğine dair bir ihtirazi kaydın ileri sürülmesine bağlanmaktadır.

Doktrinde bir başka görüşe göre, teslimin gerçekleşip gerçekleşmediğinin, eksikliğin derecelendirilmesi aracılığıyla belirlenmesi yönteminin yerine, -inşaat ayıplı yahut eksik de olsa- sözleşmenin ifa edildiğinin iş sahibi tarafından kabul edilmesi ile yani iş sahibinin açık veya örtülü iradesi ile hukuki teslimin gerçekleşeceği benimsenmektedir[41]. İş sahibinin bedel ödeme borcunu kısmen veya tamamen yerine getirmesi, ödeme erteleme talebinde bulunması, eserin teslimi ile aynı anda onarım talebinde bulunması, almış olduğu teminatı iade etmesi gibi davranışlar da yüklenicide teslim hususunda güven uyandıracağından örtülü teslim halleri olarak belirtilmiştir[42]. Kanaatimizce orta derecede önemli eksiklikler için bu görüş, dürüstlük kuralı ile birlikte dikkate alındığında işlevseldir. Bağımsız bölümün kullanılmasının hangi durumda bizi örtülü teslim

---

37 GAUCH Peter, Der Werkvertrag, Vierte Überarbeitete Und Erweiterte Auflage, Zürich, Schulthess, 2011, N. 104 (ÇETİNER, s. 112'den naklen).

38 AYAN, s. 66.

39 Örnekler için bkz. AYAN, s. 69.

40 AYAN, s. 69.

41 ÇETİNER, s. 115 vd.

42 ÇETİNER, s. 116.

sonucuna götüreceği ise şu ayrımla çizilmektedir; bağımsız bölümün sözleşmede kararlaştırılan amacına uygun olarak kullanılması halinde teslim gerçekleşecek; zorunluluk halinde kullanımı durumunda ise haklı güven oluşturacak başka davranışlar yok ise teslim gerçekleşmeyecektir[43]. Fikrimizce, burada bahsedilen zorunluluk hali, bazı durumlarda, eserin sözleşmede kararlaştırılan amaca uygun kullanımı sonucunu da beraberinde getirebilir. Başka bir deyişle, "sözleşmede kararlaştırılan amaca uygun kullanım ve zorunluluk halinde kullanım" hallerinin birlikte varlık gösterebileceği olaylar mümkün olabilir. Bu sebeple, bu ayrım her zaman net bir sonuç ortaya çıkarmayacaktır.

3. İş Sahibinin İnşaatı Teslim Almaktan Kaçınma Hakkı

Teslim almanın bir külfet olduğu ve bu külfetin yerine getirilmemesinin iş sahibi bakımından alacaklı temerrüdü ile sonuçlanacağından söz etmiştik[44]. İş sahibinin inşaatı teslim almaktan kaçınmasının mümkün olduğu ve bu durumda teslim almamanın alacaklı temerrüdüne yol açmayacağı hallere de değinmekte yarar görüyoruz. Bu haller de dürüstlük kuralı sınırlamasına tabi olmalıdır. Önemsiz eksiklikler bakımından teslim almaktan kaçınma mümkün olamayacakken; orta derecede önemli eksiklikler ve önemli eksiklikler bakımından iş sahibi, iradesi doğrultusunda inşaatı teslim almaktan kaçınabilir. Bu hallerde teslimin gerçekleşmemesi iş sahibi bakımından daha avantajlıdır. İş sahibi, teslimle başlayan gözden geçirme ve bildirim külfetine bağlı olarak kullanabileceği ayıba ilişkin sorumluluk hükümleri kapsamındaki hakların kullanılması yerine; daha geniş kapsamlı olan ve kullanımı için bir külfetin yerine getirilmesine lüzum olmayan borcun gereği gibi ifa edilmemesine ilişkin haklardan yararlanmaya devam edebilecektir. İş sahibinin ifaya yönelik istem hakkı teslimle ayıptan doğan haklara dönüşecektir[45]. Teslim almaktan kaçınma sebepleri; iş sahibinin dürüstlük kuralına göre eseri teslim almaktan kaçınabileceği ölçüde inşaatın ayıplı veya eksik olması halleridir[46]. İş sahibinin, eseri teslim almaktan kaçınabileceği durumlarda bu hakkını kullanması, alacaklı temerrüdü sayılmaz aksine teslim gerçekleşmediğinden yüklenicinin borçlu temerrüdüne düşmesi söz konusu olur[47]. İş sahibine dürüstlük kuralına göre belirlenecek fakat her halde gözden geçirme süresinden kısa olmak üzere[48] eseri incelemesi için uygun bir süre

---

43 ÇETİNER, s. 116 - 117.

44 Bkz. II., 1. Teslim Kavramı.

45 AYAN, s. 56; ŞAHİNİZ, s. 21.

46 AYAN, s. 55- 60 vd.

47 ÖZ, s. 103; AYAN, s. 56; ŞAHİNİZ, s. 5.

48 ŞAHİNİZ, s. 25.

verilmelidir[49]. İş sahibinin, teslim almaktan kaçınması, bu yönde iradesini açıklamasıyla mümkün olacaktır. İş sahibi, ifayı kabul etmediğini yükleniciye uygun bir süre içinde bildirmelidir; aksi halde eseri teslim almış sayılır. İş sahibi ifayı kabul etmediğini makul bir süre içinde bildirmezse teslim gerçekleşir ve sonuçlarını doğurur[50]. İş sahibinin iradesi, inşaatı ifa olarak kabul etmemeye yönelik olabileceği gibi ayıp ihbarı veya ayıptan doğan haklarının kullanılmasına yönelik de olabilir[51]. Bu nedenle iş sahibinin eseri ifa olarak kabul etmediğine yönelik iradesi açıkça anlaşılır olmalıdır ya da ispat edilmelidir; aksi halde iş sahibinin iradesi, ayıptan doğan hakların kullanılması olarak yorumlanmalıdır[52].

4. Eksik İş Dolayısıyla Teslimin Gerçekleşmemesinin Sonuçları

Eserin eksik olarak teslim edilmesi halinde kural olarak hukuki anlamda teslim gerçekleşmeyeceğinden yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğu da söz konusu olmayacaktır[53]. Bu durumda TBK m.112 vd. düzenlenen borçların ifa edilmemesinin sonuçları kapsamında bir değerlendirme yapılacaktır. Teslim edilen eserde sözleşmeye açık/aşikâr aykırılık oluşturacak bir eksik iş söz konusu ise (binanın bir kısmının yapılmaması, pencerelerin eksikliği vb.), "yüklenicinin ifa amacıyla eseri sunması ve iş sahibince bu amacın anlaşılabilmesi" şartı gerçekleşmeyeceğinden teslimin de gerçekleşmeyeceği sonucuna varılacaktır[54]. Dolayısıyla eksik iş halinde teslimin gerçekleşmediği kabulü ile borçlunun temerrüde düştüğü varsayılacak ve iş sahibi TBK m.125'te düzenlenmiş olan seçimlik haklar çerçevesinde; aynen ifa ve gecikme tazminatını ya da borcun ifasından vazgeçerek uğramış olduğu olumlu zararın tazminini veya sözleşmeden dönerek uğramış olduğu olumsuz zararın tazminini talep edebilecektir[55]. Bu durumda da TBK m.147/son'da düzenlenmiş olan beş yıllık zamanaşımı süresi geçerli olacaktır[56].

---

49 AYAN, s.55.

50 AYAN, s. 57; ŞENOCAK, Ayıbın Giderilmesi, s. 86; ŞAHİNİZ, s. 25.

51 AYAN, s. 57.

52 AYAN, s. 57.

53 GÜMÜŞ Mustafa Alper, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt 2**, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 28.

54 ŞENOCAK, Ayıbın Giderilmesi, s. 90.

55 GÖNEN Coşku, 'İnşaat Sözleşmelerinin İfasında Eksik İş - Ayıplı İfa Ayrımı'**, Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan**, 1. Bası, Der Yayınları, İstanbul, 2015, s. 348.

56 Y. 15. HD., 20.1.2020 T., 2019/1698 E., 2020/120 K.: " *Eksik işler bedeli ise ihbar koşuluna ve ihbar süresine bağlı olmaksızın teslim tarihinden itibaren kural olarak beş yıllık zamanaşımı süresinde (BK m.126/ son) talep edilebilir.*" Bkz. www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 05.02.2021).

5. Teslim ve Kabulün Farkı

Eser sözleşmelerinde yüklenicinin eseri teslim etmesi ve iş sahibinin eseri teslim alması aynı hukuki işlemi ifade eden ve birbiriyle bağlantılı kavramlardır; fakat eserin teslimi ve kabulü birbirinden farklı kavramlardır[57]. Teslim ve kabul ayıba karşı tekeffül borcunun doğumu ve sona ermesi bakımından farklı işlevlere sahiptir[58]. Bu nedenle teslim ve kabulün farkını belirlemek ve hangi hallerde hangi kavramın gerçekleştiğini tespit etmek önem taşır.

Yargıtay da eserin teslimi ve kabulünün aynı anlama gelmediği görüşündedir[59]. Genellikle teslim ve kabul peş peşe gerçekleştiğinden kabul, teslimin sonucu gibi görünse de her zaman teslim, kabul ile sonuçlanmayabilir. Türk hukukunda kullanılan "teslim" kavramı için İsviçre hukukunda taşınır eserler için "*livraison - Ablieferung*", taşınmaz eserler için "*reception - Abnahme*" kavramı kullanılır[60].

Doktrinde bir görüş teslimin tamamlanmasını kabule bağlamaktadır[61]. İş sahibinin ayıptan doğan haklarının kullanılması teslimin gerçekleşmesi ile başlar, kabul ise bu hakların kullanılmasını engeller[62]. Kabul, yükleniciyi her türlü sorumluluktan kurtarır[63]. TBK m.475/1-1 uyarınca iş sahibine, kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıbın bulunması halinde dönme hakkı tanınmıştır. Kabulü, teslimin bir aşaması olarak değerlendirmek kanunun bu hükmünü (TBK m.475/1-1) işlevsiz hale getirecektir. TBK m.474 uyarınca, iş sahibi-

---

57 UÇAR, Ayıba Karşı Tekeffül, 90; UÇAR, Teslim, s. 516, s. 520.

58 UÇAR, Ayıba Karşı Tekeffül, 89.

59 Y. 15. HD., 15.6.1992 T., 1992/3006 E., 1992/3087 K.: *"...'eserin teslimi' ile 'eserin kabulü' de eş anlamlı değildir. Tüm bunlar bir yana, 22.6.1989 günlü oturumda davalı yüklenici inşaatın hatalı olduğunu kendisinin bildiğini, davacı arsa sahibinin de hatayı görüp giderilebileceği kadar giderilmesi ve iskân ruhsatına engel durumun ortadan kaldırılması bakımından kendisine yardımcı olduğunu beyan etmiş olmakla artık ihtirazî kayıtsız "kabulden" söz edilemez.*". Bkz. www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 24.04.2021).

60 BURCUOĞLU, s. 288.

61 TURANBOY Asuman, 'Yargıtay Kararlarına göre Müteahhidin Teslimden Sonra İnşaattaki Noksan ve Bozukluklardan Doğan Mesuliyeti', **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 41, Sayı: 1, s. 154. Çetiner, hukuki teslimin eserin ayıplı veya eksik de olsa borcun ifa edildiğinin iş sahibince kabul edilmesi ile gerçekleşeceği görüşündedir fakat yazarın kabul terimiyle kastettiği TBK m.477/1'de anılan kabulden farklı olarak iş sahibinin teslim alma iradesini açık veya örtülü olarak ortaya koymasıdır. Bkz. ÇETİNER, s. 115 ve s. 115, dn. 31.

62 UÇAR, Ayıba Karşı Tekeffül, s. 90.

63 AKINTÜRK Turgut / ATEŞ Derya, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler - Özel Borç İlişkileri**, 29. Bası, Beta Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 307.

nin gözden geçirme ve ayıplı iş halinde bildirim süresi eserin teslimi ile başlar ve bu külfet iş sahibinin, ayıp halinde seçimlik haklarını kullanabilmesinin bir şartıdır. TBK m.477 uyarınca kabul ise kabul yükleniciyi her türlü sorumluluktan kurtarmakla iş sahibinin ayıba ilişkin haklarını kullanılmasını engeller. Bu nedenlerle teslimin tamamlanmasını kabule bağlamak uygun olmaz; teslim ve kabul ayrı kavramlar olarak değerlendirilmelidir.

Kabulün nasıl gerçekleşeceğinin TBK'da açıkça belirlenmemiş olmasına karşın; kabul, genel olarak eserin ayıpsız ve sözleşmeye uygun olduğunun iş sahibince açıklanmasıdır[64]. Kabul için iş sahibinin eseri gözden geçirmesi gereklidir ve bu da eserin teslimi ile mümkün olacaktır[65]. Eser iş sahibine teslim edildikten sonra iş sahibi gözden geçirme külfetini yerine getirir ve eserin sözleşmeye uygun olarak tamamlanmış olduğunu beyan ederse kabul gerçekleşir.

Doktrinde bazı yazarlarca eserin kabulü ve eserin ifa olarak kabulü terimleri ile iki ayrı durum ifade edilmektedir. Eserin kabulü ile, TBK m.477'de düzenlenmiş olan gizli ayıplar hariç yüklenicinin her türlü sorumluluktan kurtulacağı hukuki işlem benzeri bir irade açıklaması; eserin ifa olarak kabulü ile ise, eserin kabulünden farklı olarak, eserin ayıpsız ve sözleşmeye uygun olduğunun kabulü değil, esas itibarıyla teslimin gerçekleşmesi kastedilmektedir[66]. Kanaatimizce bahsedilen kavramları, kabul ve teslim olarak ayırmak terimsel karışıklığı önlemek bakımından daha işlevsel olacaktır.

Kabul beyanı açık veya örtülü olarak teslim esnasında açıklanabileceği gibi gözden geçirme ve bildirim külfeti yerine getirildikten sonra da açıklanabilir. Kabulün açık veya örtülü olarak gerçekleşebileceği TBK m.477/1'den de anlaşılmaktadır. Kabul tek taraflı bir irade beyanı olup hüküm ve sonuçlarını doğurması için yüklenicinin irade beyanına ihtiyaç yoktur[67]. İhtirazi kayıt konulmadan yapının teslim alınması inşaatın kabul

---

64 UÇAR, Ayıba Karşı Tekeffül, s. 89 - 92; SELİÇİ, s. 36; ÖZ, s. 119; ŞENOCAK, Ayıbın Giderilmesi, s. 83; ARAL / AYRANCI, s. 393; AYAN, s. 50.

65 Gözden geçirme ve bildirim külfetinin ihmali örtülü kabul olarak yorumlansa da yine de iş sahibine eseri gözden geçirmesi için bir süre tanınmalıdır, bunun için de teslim gerekir. İş sahibinin eseri teslim almaktan kaçınabilmesi için eseri yüklenici huzurunda inceleme fırsatı verilmelidir. Ayıptan doğan hakların kullanımı için gözden geçirme ile bu inceleme farklıdır. Burada teslim alıp almamaya karar vermekten bahsedilmektedir. Bkz. UÇAR, Ayıba Karşı Tekeffül, s. 115; AYAN, s. 55.

66 ŞENOCAK, Ayıbın Giderilmesi, s. 83; ŞAHİNİZ, s. 4-5.

67 TANDOĞAN, s. 218; AYAN, s. 50; UÇAR, Ayıba Karşı Tekeffül, s. 92; ERMAN, s. 163; GÜR Mustafa, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Eksik İfa ve Ayıplı İfa Kavramları**, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 37. TBK m.477/2 ve m.477/3'ün örtülü kabul değil bir kanuni varsayım örneği olduğuna yönelik görüşler için bkz. PAKET, s. 143.

edildiği anlamına gelmez. Teslimden sonra da kabulün açıklanması mümkündür[68]. Örtülü kabul, TBK m.477/2'de düzenlenen iş sahibinin gözden geçirme ve bildirimde bulunmayı ihmal etmesi veya gözden geçirme ve bildirim için uygun sürede herhangi bir ayıp bildiriminde bulunmaması olarak değerlendirilebilir[69]. Teslim anında örtülü kabul olduğu yorumu açık ayıplar yönünden geçerlidir; gizli ayıplar ve sonradan çıkan ayıplar teslim anında tespit edilemeyeceğinden böyle bir durumun varlığında teslim anında örtülü kabulün gerçekleştiği yönünde bir yorum yapılamaz[70]. Kabulün, yükleniciyi her türlü sorumluluktan kurtaracağını düzenleyen TBK m.477/1 eksik işten doğan sorumluluğu da kapsar[71]. Başka bir deyişle, kabul, açık veya örtülü bir irade beyanı ile açıkladığında eksik iş nedeniyle iş sahibinin yükleniciye karşı talep hakları düşecektir. Bu görüşe katılmakla birlikte ek olarak, TBK m.477/1'de belirtilen yüklenicinin sorumluluğunun gizli ayıplar hariç son bulacağı ifadesi de aynı şekilde gizli eksikliklerin de hariç tutulacağı şeklinde yorumlanmalıdır. Yüklenicinin sorumluluğunun gizli eksiklikler için de sona ereceği yorumunda bulunmak hakkaniyete aykırı olur.

TBK m.477/1'in eksik işe kıyasen uygulanmasına dair tartışmanın ardından TBK m.477/2'nin kıyasen uygulanıp uygulanmayacağı sorusu akla gelebilir. TBK m.477/2'de düzenlenmiş olan "iş sahibinin, gözden geçirme ve bildirimde bulunmayı ihmal etmesinin eseri kabul ettiği anlamına gelece-

---

[68] Yüklenicinin hak edişleri için ihtirazi kayıt ileri sürmemesi halinde Yargıtay taraflar arasında 'yüklenicinin hak edişlere itirazı olduğu takdirde, karşı görüşlerinin neler olduğunu ve dayandığı gerekçeleri, idareye vereceği ve bir örneğini de hak ediş raporuna ekleyeceği dilekçesinde açıklaması ve hak ediş raporunun "idareye verilen... tarihli dilekçemde yazılı ihtirazı kayıtla" cümlesini yazarak imzalaması gereklidir.' düzenlemesi içeren Yapım İşleri Genel Şartnamesinin bir "münhasır delil sözleşmesi" niteliğinde olduğu ve hak ediş itirazının şeklinin burada belirlendiği bu şekle uygun davranılmamasının hak edişi kabul anlamına geleceği kanaatine varmıştır. Bkz. YHGK., 08.12.2010 T., 2010/15-609 E., 2010/634 K. www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 24.04.2021).

[69] Y. 15. HD. 14.02.2006 T., 2005/5103 E., 2006/727 K.: '*BK'nın 359/1. maddesine göre iş sahibi, yapılan işin kendisine tesliminden sonra işin mahiyetine ve mutad cereyanına göre imkânını bulur bulmaz o şeyi muayeneye ve kusurları varsa bunları yükleniciye bildirmeye mecburdur. Aksi halde BK'nın 362/11. maddesi uyarınca işi zımnen kabul etmiş sayılır.*' Bkz. www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 24.04.2021).

[70] Y. 23. HD., 27.04.2016 T., 2015/751 E., 2016/2685 K.: "*Açık ayıplar, eserin tesliminden sonra, işlerin olağan akışına göre imkân bulunur bulunmaz bizzat yapılan veya uzmanına yaptırılan gözden geçirme sonucu saptanınca, uygun sürede (TBK m.474); gizli ayıplar da ortaya çıkar çıkmaz, gecikmeksizin yükleniciye bildirilmelidir (TBK m.477). Ayıp bildirimi süresinde yapılmadığı takdirde iş sahibi bu ayıbı örtülü olarak kabul etmiş sayılır.*" Bkz. www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 24.04.2021).

[71] ŞAHİNİZ, s. 4.

ği" hükmü eksik işlerde iş sahibinin gözden geçirme ve bildirim külfeti bulunmadığından uygulanamaz. Aksi bir yorum, -kanunun ayıp hali için özel olarak belirlediği ve eksik iş halinde iş sahibine yüklemediği bir külfet dolayısıyla- kendisine gereği gibi ifada bulunulmamış olan iş sahibinin haklarını kullanmasını engelleyen bir sonuca sebep olur. Burada bir kanun boşluğunu kıyasen doldurma halinden de söz edilemez çünkü "eksik iş" kavramı açıkça, "borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi (TBK m.112)" halinin inşaat sözleşmelerinde ortaya çıkan bir görünümüdür.

Kural olarak tamamlanmamış eserin teslimi gerçekleşmez; fakat iş sahibi eksikliğe rağmen eseri ifa olarak açık veya örtülü biçimde kabul edebilir, bu durumda teslim ve eserin ifası gerçekleşir[72]. Kural olarak borç, borçlanılan edimin ifasıyla son bulur[73]. Türk borçlar hukukunun temel ilkelerinden olan sözleşme özgürlüğü ilkesinden doğan, borcun yenilenmesi sözleşmesi, ifa yerine geçen edim, ifa amacıyla yapılan edim gibi sözleşme kurulurken belirlenen ifa konusundan başka şeyin ifası ile dahi borç sona erdirilebiliyorsa; eksik iş halinde de alacaklının (iş sahibinin) iradesi ile eksik edimin ifa olarak kabul edilmesi evleviyetle mümkün olmalıdır[74].

6. Teslim ve Kabulün Gerçekleşmesinin Sonuçları

TBK m.479 uyarınca iş sahibinin bedel ödeme borcu teslim anında muaccel olur[75]. İnşaatın ayıplı veya eksik olması halinde de bedelin tamamı

---

72 PAKET, s. 111-112.

73 Edime uygun ifa kuralı ve bu kuralın istisnaları için bkz.: EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 25. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 1029 vd.; OĞUZMAN Kemal / ÖZ Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt I, 18. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020, s. 289 vd; CEMAL Ahmet, "Edime Uygun İfa Kuralının Bir İstisnası Olarak İfa Uğruna Edim (Leistung Erfüllungshalber)", **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Haziran 2011, Cilt: 3, Sayı: 5, s. 239; HATEMİ Hüseyin / GÖKYAYLA Emre, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, s. 234; YALMAN Süleyman, "Edime Uygun İfa Kuralının İstisnaları", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Halil CİN'e Selçuk Üniversitesinde 10. Hizmet Yılı Armağanı**, 1994, s. 495 - 512; ANTALYA Gökhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1,3**, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 43-44.

74 KOLLER Alfred, **Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI - Das Obligationenrecht, 2. Abteilung - Die einzelnen Vertragsverhaltnisse, 3. Teilband, 1. Unterteilband, Der Werkvertrag Art.363 - 366**, Bern 1998 (AYAN, s.64'ten naklen).

75 KURT, s. 84; AYAN, s. 86; ŞAHİNİZ, s. 8 - 9. Y. 23. HD., 09.02.2015 T., 2014/7126 E., 2015/693 K.: "*... arsa sahibi olan iş sahibinin ödeyeceği bedel arsa payı olmakla, arsa payı kendisinden aksi kararlaştırılmadıkça sözleşme konusu bağımsız bölümlerin sözleşme, yapı ruhsatı ve eklerine uygun şekilde tesliminden sonra talep edilebilir.*" Bkz. www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 05.02.2021).

muaccel olur[76]. TBK m.483 uyarınca yarar ve hasar teslimle birlikte iş sahibine geçer.

TBK'nın teslime bağladığı bir diğer sonuç ise; iş sahibinin ayıplı ifadan doğan haklarının zamanaşımı süresinin teslim tarihine bağlanmış olmasıdır. Teslim, iş sahibinin ayıp dolayısıyla kendisine tanınan haklarının kullanımının ön şartı; kabul ise yüklenicinin ayıp nedeniyle sorumluluğunun düşmesi ve iş sahibinin ayıba ilişkin haklarını kaybetmesinin ön şartı olarak yorumlanabilir[77].

Teslimin bir diğer sonucu ise; yüklenicinin, iş sahibinin talebi olmaksızın ayıpları ve eksikleri giderme hakkının ortadan kalkmasıdır. İş sahibinin yükleniciyi yapıya sokmamak gibi hareketlerle yüklenicinin eseri tamamlamaya yönelik davranışını engellemesi iş sahibini alacaklı temerrüdüne düşürmez[78]. Yüklenici teslim sonrasında oluşan ayıp ve eksikliklerden sorumlu tutulamaz. Ancak teslim sırasında var olan ayıp ve eksikliklerden doğan ayıp ve eksiklikler bu kuralın istisnasıdır ve yüklenicinin bunlardan sorumluluğu doğar[79].

TBK m.474 uyarınca, teslimle birlikte, iş sahibinin, ayıplı iş bakımından gözden geçirme ve bildirim külfetinin süresi başlar. Bu külfet, fiili ve hukuki anlamda teslimin varlığı halinde söz konusu olur. Aksi halde, örneğin eksik iş nedeniyle teslimin de gerçekleşmediği hallerde iş sahibinin gözden geçirme ve bildirim külfeti de bulunmamaktadır.

Teslimi ve dolayısıyla alacağının muaccel olduğunu ispat yükü yüklenicidedir[80]. Eksik işlere rağmen, eksikliğin önemsiz olması nedeniyle dürüstlük kuralına göre veya iş sahibinin iradesiyle teslimin gerçekleştiği durumda inşaatın eksiksiz tamamlanmış olduğu karine kabul edilir ve bu durumda eksik işlerin ispat yükü iş sahibindedir[81]. HMK[82] m.190 ve TMK[83] m.6 uya-

---

76 AYAN, s. 86 - 87. Teslim ile bedelin tamamı muaccel olsa da iş sahibinin eksik işler için ödemezlik def'ine başvurabileceği belirtilmelidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. VI. 2. B. c. Ödemezlik Def'i.

77 Teslim ve kabul kavramları arasındaki farka dair açıklama için bkz: UÇAR, Ayıba Karşı Tekeffül, s. 89 - 96.

78 AYAN, s. 85.

79 GÜR, s. 40.

80 AYAN, s. 81; ŞAHİNİZ, s. 29.

81 AYAN, s. 81 - 82; ŞAHİNİZ, s. 29.

82 RG., Tarih: 04.02.2011, Sayı: 27836.

83 RG., Tarih: 08.12.2001, Sayı: 24607.

rınca, eksikliklerin teslim anında var olduğunu ispat yükü iş sahibine düşer. Eser sözleşmelerinde eserin teslimini ispat yükü yüklenicide olsa da Yargıtay yüklenicinin, teslimin gerçekleştiği ve bedelin muaccel olduğu iddiasına karşın; ispat yükünün eksik ifayı ileri sürerek bedel ödeme borcundan kaçınmak isteyen iş sahibine geçtiğini belirtmektedir[84].

Kabulün sonucu olarak yüklenicinin, kendisi tarafından kasten gizlenen ve usulüne göre gözden geçirme sırasında fark edilemeyecek olan ayıplar hariç her türlü sorumluluktan kurtulacağı TBK m.477/1'de düzenlenmiştir. Kabulün, yükleniciyi her türlü sorumluluktan kurtaracağını düzenleyen TBK m.477/1 eksik işten doğan sorumluluğu da kapsar[85]. Başka bir deyişle, kabul, açık veya örtülü bir irade beyanı ile açıkladığında eksik iş nedeniyle iş sahibinin yükleniciye karşı talep hakları düşecektir. Kabul, iş sahibinin temerrüt hükümlerine başvurma hakkını ortadan kaldırır. Borcun muaccel olmasına rağmen inşaatı teslim etmemenin sonucu ise yüklenicinin borçlu temerrüdüne düşmesidir. İnşaatta teslimi engelleyecek derecede ayıp veya eksiklik bulunması halinde yüklenicinin işin tamamlandığına ilişkin bildirimine karşılık iş sahibinin eseri ifa olarak kabul etmediğini bildirmesi durumunda teslim gerçekleşmez ve borçlu temerrüde düşürülebilir[86].

TBK m.477'ye göre kabul, yüklenicinin açık ayıplar nedeniyle sorumluluğunu, TBK m.131 uyarınca iş sahibinin fer'i haklarını (rehin, kefalet, faiz ve ceza koşulu vb.) talep etme hakkını düşürür. İş sahibi, ceza koşulu talep etme hakkını, TBK m.131'in yanı sıra TBK m.179/2 nedeniyle de kabul ile kaybeder.

III. EKSİK İŞ HALİNDE İŞ SAHİBİNİN GÖZDEN GEÇİRME VE BİLDİRİM KÜLFETİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

TBK m.474 uyarınca iş sahibinin ayıplı işler bakımından gözden geçirme ve bildirim külfeti vardır[87]. İş sahibinin sözleşme ve dürüstlük kuralı gereği yapıda bulunması gereken özelliklerin varlığını gözden geçirmesi ve ayıbın

---

84 Y. 23. HD., 28.11.2012 T., 2012/5359 E., 2012/7016 K. Bkz. www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 24.04.2021).

85 ŞAHİNİZ, s. 4.

86 ŞENOCAK, Ayıbın Giderilmesi, s. 86; AYAN, s. 85; SELİÇİ, s. 40; ÖZ, s. 173.

87 İş sahibinin gözden geçirme ve bildirim külfetinin bulunmasına dair eleştiriler için bkz. BUCHER Eugen / BUZ Vedat, "Mağdur Edilen Alıcı, Türk/İsviçre Borçlar Kanununun İki Özelliğinin Eleştirisi: Muayene ve İhbar Külfeti (Art.201 OR; BK m.198), BK. 202/II (Art.205/II OR)'ye Göre Dönme Yerine Bedel İndirimine Karar Verilmesinin Masraflara İlişkin Sonuçları", **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan**, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004.

tespiti halinde uygun bir süre içinde yükleniciye bildirmesi gerekir. Yukarıda da bahsettiğimiz gibi önemli bir eksikliğin varlığı halinde iş sahibi eseri teslim almaya zorlanamaz. Fiili olarak iş sahibi eseri teslim almış olsa da tamamlanmamış bir eserin hukuki anlamda tesliminin gerçekleşmeyeceği ve buna bağlı olarak da gözden geçirme ve bildirim süresinin başlamayacağı ifade edilmelidir[88]. Gözden geçirme ve bildirim külfetinin yerine getirilmemesi ayıptan doğan sorumluluk hükümlerinin uygulanmasını engeller fakat eksik işler bakımından zamanaşımı süresi içinde yüklenicinin sorumluluğu devam eder[89]. Eksik iş halinde işin yapılmamış bölümünün teslimi söz konusu olmayacağından ve dolayısıyla yapılmamış bölümün gözden geçirilmesi mümkün olamayacağından iş sahibinin bildirim veya ihtirazi kayıt sorumluluğunun olmadığı, gözden geçirme ve bildirim külfetinin yalnız ayıp halinde var olacağı Yargıtay tarafından belirtilmiştir[90]. Eksik işin, iş sahibinin iradesiyle veya dürüstlük kuralı gereğince tesliminin kabul edildiği hallerde ise ayıp hükümleri değil TBK m.112 ve devamında düzenlenen borçların ifa edilmemesinin sonuçları hükümlerine gidilmelidir[91]. Bu hükümlere göre ileri sürülecek talepler için kanun tarafından gözden geçirme ve bildirim külfeti düzenlenmediğinden eksik işlere ilişkin hakların kullanılmasına etkisi bulunmamaktadır.

IV. EKSİK İŞ BAKIMINDAN SIKÇA KARŞILAŞILAN VE TARTIŞMALI OLAN HALLER

1. Yüz Ölçümü Eksikliği

İnşaat sözleşmelerinde, sözleşme eklerinde, teknik şartnamede, düzenlenmiş plan ve projede teslim edilecek yapının bağımsız bölümlerinin yüz ölçümü taraflarca kararlaştırılır. İfa edilen yapıda bağımsız bölümlerin yüz ölçümünün kararlaştırılandan farklı olması halinde bu ifanın hukuki niteliği tartışmalıdır. Tartışma; ifa edilen ile kararlaştırılan arasındaki farkın eksik ifa olarak mı ayıplı ifa olarak mı değerlendirileceğine ilişkindir. Bu iki hu-

---

88 UÇAR, Ayıba Karşı Tekeffül, s.143.

89 Y. 15. HD., 17.07.2005 T., 2007/5809 E., 2007/4306 K.: "*Davada talep edilen alacak kalemi nitelik ve niceliği itibariyle "açık ayıp" olmayıp "noksan iş"tir. Eserdeki noksanlıkların bedeli, teslimde ihtirazi kayda gerek olmaksızın zamanaşımı süresi içinde her zaman istenebilir.*" www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 24.04.2021).

90 Y. 15 HD., 20.12.2017 T., 2016/2999 E., 2017/4504 K.; Y. 23. HD., 10.07.2012 T., 2012/2485 E., 2012/4785 K.; Y. 15. HD., 14.02.2006 T., 2005/5103 E., 2006/727 K.; Y. 15. HD., 22.03.2010 T., 2009/1859 E., 2010/1605 K. Y. 23. HD., 18.03.2015 T., 2014/3251 E., 2015/1693 K. www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 24.04.2021).

91 Bu konuda ayrıntılı açıklama ve farklı görüşler için bkz. VI. B.

kuki durumun sonuçlarının ve bunlara dayanılarak gidilecek yolların farklı olması sebebiyle hakkaniyete en uygun yorumun yapılması önemlidir. Yüzölçümü eksikliğinin ayıp olarak nitelendirilmesi halinde; iş sahibinin, gözden geçirme ve bildirim külfetini süresinde yerine getirmemesi sonucunda ayıptan doğan haklarını kaybetmesi söz konusu olacaktır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 1992 tarihli kararında[92] yüzölçümü eksikliğini eksik iş olarak değerlendirmiştir. YHGK'nin bu kararı Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarına esas teşkil etmektedir[93]. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında değerlendirilen olay, 75.62 m^2 olarak yapılıp teslim edilmesi sözleşmede kararlaştırılmış olmasına rağmen 58 m^2 olarak teslim edilen işyerine ilişkindir. Karar içeriğinde YHGK'nin 1957 tarihli kararına atıf yapılarak yüz ölçümü eksikliğinin niteliği etkilememesi halinde ayıptan doğan sorumluluk hükümlerine gidilmemesi gerektiği belirtilmiştir. Yüz ölçümü küçüklüğü halinde iş sahibinin teslimde çekince koymasına ya da bildirimde bulunmasına gerek olmaksızın genel hükümlere göre TBK m.147/son uyarınca beş yıllık zamanaşımı süresinde dava açabileceği yönünde karar kurulmuştur.

Eksik yüzölçümünün ayıp sayılması halinde, ayıba dair gözden geçirme ve bildirim külfetine ilişkin hükümlerin tacir olmayan iş sahipleri için ağır olduğu düşüncesi Hukuk Genel Kurulu'nun kararında etkili olmuştur. Yargıtay'ın, yüklenicinin mesleki bilgi ve deneyimi dolayısıyla ekonomik çıkarlarını iş sahibinden daha iyi koruyabilecek durumda olmasını gözeterek hakkaniyeti sağlamak amacıyla iş sahibini korumaya yönelik davrandığı karar metninin dilinden anlaşılmaktadır[94].

Doktrinde baskın olan karşıt görüş ise bağımsız bölümlerdeki yüzölçümü eksikliğini ayıplı ifa olarak kabul etmek yönündedir[95]. Bazı yazarlara göre bu görüşün dayanağı; TBK m.244 hükmü ile satış sözleşmelerine iliş-

---

92 YHGK, 09.12.1992 T., 1992/15-649 E., 1992/732 K. Bkz. www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 05.02.2021).

93 Y. 23. HD., 13.01.2015 T., 2014/3074 E., 2015/126 K.; YHGK, 27.09.2000 T., 2000/15-1134 E., 2000/1191 K. Bkz. www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 24.04.2021).

94 YHGK, 09.12.1992 T., 1992/15-649 E., 1992/732 K.: "*... yüklenici, mesleki bilgi ve deneyimiyle işin sonuçlarını, özellikle ekonomik çıkarını arsa sahibinden daha iyi değerlendirebilecek durumdadır. Keza yüklenicinin sözleşmede öngörülenle, imal ettiği eserin, değer ve amaca elverişlilik bakımından aynı olmadığı hallerde, yaratılan farkın başlangıçta arsa sahibinin aynı ücretle sözleşme yapmasına engel olacağını da bilebileceği kuşkusuzdur...*". Bkz. www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 05.02.2021).

95 AYAN, s. 62; ÖZ, s. 131; ŞENOCAK, Ayıbın Giderilmesi, s. 94; KURT, s. 72 - 73; PAKET, s. 108; AKSOY DURSUN, s. 1849.

kin yüz ölçümü eksikliğinin açıkça ayıp olarak değerlendirilmesinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine de uygulanması gerektiği yorumudur[96]. Bu görüşü benimseyen yazarlar, yüz ölçümü eksikliğinin, edimde aranan vasfa aykırılık teşkil edeceği ve bu sebeple ayıp olarak değerlendirilmesi gerektiği görüşündedir[97]. Gauch tarafından ifade edilen eksik iş ayıplı iş ayrımı kıstasına göre de yüzölçümü eksikliğinin esere zarar verilmeksizin giderilememesi nedeniyle bu hali ayıplı ifa olarak değerlendirmek gerekir. İsviçre Federal Mahkemesi de bir havuzun kararlaştırılandan küçük yapılmasını ayıplı ifa olarak nitelendirmiştir[98].

Eksik iş olarak sayılabilecek tüm hallerin niteliği etkilediği söylenebileceğinden niteliği etkileyen bir eksikliğin mutlaka ayıp olarak kabul edilmesi gerektiği yönünde bir değerlendirme yapmak kanaatimizce doğru olmaz. Örnek vermek gerekirse, yüzölçümü eksikliğinin ya da bağımsız bölümlerdeki duş teknesi, doğalgaz kombisi, kalorifer peteği, mutfak tezgâhı, mutfak dolabı gibi eksikliklerin bağımsız bölümün niteliğini de etkilediği söylenebilir ancak bu haller eksik iş halleridir. Bu tür bir değerlendirme ile eksik iş olarak belirlenmiş tüm hallerin niteliğe de etki etmesi sebebiyle ayıplı iş kabul edilmesi gerekir. Bu yöntemle yapılacak ayrım işlevsel olmayacaktır. Dolayısıyla, eksik iş sayılmayacak; fakat niteliği olumsuz etkileyecek bir hal ancak ayıp olarak değerlendirilebilir. Öncelikle eksiksiz, tamamlanmış bir eser bulunmalı sonra niteliğe etki eden bir ayıbın varlığı kontrol edilmelidir.

Doktrinde bazı yazarlar ise Yargıtay'ın yüz ölçümü eksikliğinin eksik iş olduğuna dair değerlendirmesine katılmaktadır[99]. Yüz ölçümü eksikliğinin ayıp olarak kabul edilmesi iş sahibinin bedel ödeme borcunun muaccel olması anlamına gelecektir. Ayıplı ifa halinde iş sahibinin ayıba bağlı haklarını kullanabilmek için gözden geçirme ve bildirim külfetini yerine getirmesi gerekmektedir. Yüz ölçümü eksikliğini ayıplı ifa olarak değerlendirmek, gözden geçirme ve bildirim külfetini yerine getirmeyen iş sahibinin haklarını kaybetmesine yol açacaktır. Bu sebeple kanaatimizce nicelik bakımından[100]

---

96 AKSOY DURSUN, s. 1849.

97 KURT, s. 73; PAKET, s. 108.

98 KURT, s. 73, dn. 229; AYAN, s. 62; BURCUOĞLU, s. 285, dn. 3.

99 ACAR Faruk, "Eser Sözleşmesine Eserin Tamamlanma Oranı ve Bu Oranın Bazı Etkileri"**, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi**, Sayı: 134, Aralık 2013, s. 6. Bkz. www.e-akademi.org; GÖNEN, s. 346.

100 Burada bahsettiğimiz nicelik eksikliği yüzölçümünde nicelik eksikliğidir. Her türlü nicelik eksikliği eksik iş olarak değerlendirilmemelidir, her somut olay için ayrı bir değerlendirme

eksikliğin varlığı halinde TBK m.112 vd. düzenlenen genel hükümlere başvurulmasının kabul edilmesi ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun yüklenici karşısında daha tecrübesiz ve bilgisiz olan iş sahibini koruma eğilimine katılmak hakkaniyete daha uygun sonuçlar ortaya çıkaracaktır.

2. Yapı Kullanma İzninin Alınmamış Olması

3194 Sayılı İmar Kanunu[101] m.31 hükmünde inşaatın bitme günü kullanma izninin verildiği tarih olarak belirtilmiştir. Kullanma izni (iskân ruhsatı); belediye, valilik tarafından yapının ruhsat ve eklerine uygunluğu, fen bakımından kullanılmasında sakınca olmadığı tespit edilerek verilir. Yapılan denetim, yapının sözleşmeye uygun yapılıp yapılmadığından bağımsız olarak gerçekleştirilir. Kullanma izninin verilmesi yüklenicinin yapıyı genel hatlarıyla sözleşmede belirlenmiş olan proje ve planlara uygun olarak bitirmesine karine olarak yorumlanabilir. Kullanma izninin verilmesi sonucu iş sahibi yapı yararına elektrik, su ve kanalizasyon gibi belediye hizmetlerinden faydalandırılmaktadır.

İmar Kanunu m.30'a göre mal sahibinin müracaatı üzerine yapı kullanma izni alınacaktır. Fakat bu yükümlülük bazen yükleniciye bırakılabilir, bu durumda yüklenicinin tamamladığı yapının kullanma iznini almamasının eksik iş olarak mı ayıplı ifa olarak mı değerlendirileceği üzerinde durulacaktır. Sözleşmede bağımsız bölümlerin anahtar teslimi olarak teslim edileceğine dair hüküm bulunması; kullanma iznini alma yükümlülüğünün yüklenicide olduğu şeklinde yorumlanır[102].

Yapı kullanma izninin bulunmamasının hukuki niteliği konusunda Yargıtay içtihatları yeknesak değildir. Yargıtay'ın bazı eski kararlarında; kullanma izninin alınmamış olmasını açık bir ayıplı iş saydığı, teslim sırasında ayıplı işler hakkında bir ihtirazi kaydın bulunmamasını, gözden geçirme ve

---

yapılmalıdır. Yargıtay bir kararında duvarların 60 cm yerine 20 cm olarak yapılmasını eksik iş olarak değerlendirmişse de burada eksik işin değil ayıplı işin varlığından söz etmek yerinde olurdu. Eksiklik, ilk bakışta nicelik eksikliği gibi görünmesine rağmen nitelik eksikliğini doğurmuştur. Y. 15. HD., 20.03.2002 T., 2001/5694 E., 2002/1253 K. Bkz. www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 05.02.2021).

101 RG., Tarih: 09.05.1985, Sayı: 18749.

102 SÜTÇÜ Nezih, **Uygulama ve Teoride Tüm Yönleriyle Kat karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi**, 5. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 326; ŞAHİNİZ, s. 43. Aynı yönde bkz: Y. 15. HD., 17.06.2007 T., 2007/3700 E., 2007/5356 K.: *'... Dairemizin yerleşmiş uygulamasına göre anahtar teslimi ibaresi iskan ruhsatının alınmasını da içerir...*'. Bkz. www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 05.02.2021).

bildirim süresine uyulmamasını ayıba karşı sorumluluk hükümlerine gidilmesini engelleyecek haller olarak belirttiği görülmektedir[103]. Doktrinde bazı yazarlara göre de kullanma izninin alınmamış olması bir eksik iş olarak değil ayıplı ifa olarak değerlendirilmelidir; dolayısıyla iznin alınmaması teslimin gerçekleşmesine engel teşkil etmemektedir[104]. Kullanma izninin alınması, teslimi engelleyecek asli bir borç olarak değil; yüklenicinin fer'i bir borcu olarak görülmektedir.

Uygulamada, çoğunlukla teslimin, kullanma izninin alınması koşuluna bağlandığı görülmektedir. Yargıtay da bazı kararlarında, sözleşmede teslimin kullanma izninin alınmasına bağlandığı hallerde iznin alındığı tarihte teslimin gerçekleşeceğini; kullanma izni alınmasının teslim için bir şart olarak belirlenmediği hallerde ise fiilen teslimin gerçekleştiği tarihte bedelin muaccel olacağını belirterek bir ayrım yapmıştır. Kullanma izni ve teslim arasındaki bağlantıyı tarafların sözleşmeye kullanma iznini teslim şartı olarak koyup koymamasına bağlamıştır[105]. Teslim, kullanma izninin alınmasına bağlanmışsa Yargıtay kullanma izni alınmadığı sürece yüklenicinin borçlu temerrüdünden kurtulamayacağını belirtmektedir, dolayısıyla Yargıtay'ın bu durumu eksik iş olarak değerlendirdiği anlaşılabilir[106].

---

[103] Y. 15. HD., 16.10.1989 T., 1989/555. E., 1989/4242 K. Y. 15. HD, 21.09.1993 T., 1992/5022 E., 1993/3553 K.: *'... iskan izni verilmemesiyle doğan hukuki ayıbı ortadan kaldırması gerekir... '*. Bkz. www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 05.02.2021).

[104] SELİÇİ, s. 138; ŞENOCAK, Ayıbın Giderilmesi, s.103; ÖZ, s. 132; CANBOLAT, s. 71. Y. 15. HD., 04.10.1989 T., 1989/2731 E., 1989/4015 K.: "*... oturma izninin alınmaması açık bir hukuki ayıp teşkil eder.*" Bkz. ww.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 05.02.2021).

[105] Y. 15. HD., 28.03.2013 T., 2012/7856 E., 2013/2116 K.: "*Sözleşmede teslim iskân koşuluna bağlanmışsa alacak yapı kullanma izin belgesinin alındığı tarihte, teslim iskan koşuluna bağlanmamışsa fiilen teslim edildiği tarihte muaccel hale geleceğinden zamanaşımının belirtilen tarihlerden başlatılması gerekir. Yanlar arasındaki sözleşmede teslim iskan koşuluna bağlanmadığından, arsa sahiplerince yükleniciye veya gösterdiği kişilere verilen vekaletnamede iskan ruhsatının alınmasına dair bir yetki de verilmediğinden zamanaşımının inşaatın tamamlandığı ve davacılara en son teslimin yapıldığı tarihten başlatılması gerekir. Dosyada mevcut bilgi ve belgelerden yapı kullanma izin belgesinin alınıp alınmadığı anlaşılamadığı gibi davacılara en son teslimin hangi tarihte yapıldığı da anlaşılamamaktadır.*". Bkz. www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 05.02.2021).

[106] SÜTÇÜ, s. 658. YHGK, 04.12.2015 T., 2014/324 E., 2015/2787 K.: "*Hukuki teslim ise yapılan inşaatın yasal mevzuata uygun olarak bitirilmesi (iskan izninin alınması) halinde gerçekleşmiş sayılır.*" Bkz. kararara ma.yargitay.gov.tr, (Erişim Tarihi: 05.02.2021); Y. 15. HD., 23.05.2019 T., 2018/5361 E., 2019/2479 K. "*Diğer yönden, taraflar arasındaki sözleşmede iskân alınması kararlaştırılmış olup, yüklenici tarafından edimin ifası ancak iskân alınarak taşınmazın teslimi ile mümkün olabilir.*"; Y. 15. HD., 21.09.2020 T., 2019/3962 E., 2020/2494 K.; Y. 15. HD. 31.10.2003 T., 2003/1739 E., 2003/5138 K.; Y. 15. HD., 19.02.2001 T., 2001/4506 E., 2001/30 K. Bkz. www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 05.02.2021).

Yargıtay'ın bazı kararlarında; sözleşmede iskân ruhsatının alınması kararlaştırıldığında bunun bir delil sözleşmesi niteliğinde olduğu ve iskân ruhsatı alınmadan eserin tesliminin gerçekleşmeyeceğini belirttiği görülmektedir[107].

Doktrinde bir diğer görüşe göre ise yapı kullanma izninin alınmaması sözleşmeyle taahhüt edilen bir işin yapılmamasıdır; eserin mahiyetinde bir vasıf eksikliği değildir. Bu nedenle yapı kullanma izninin alınmaması eksik iş olarak değerlendirilmelidir[108]. Ancak, teslimin yapı kullanma izninin alınmasına bağlandığı bir halde iş sahibinin yapıyı ihtirazi kayıt koymadan kullanmaya başlaması yapı kullanma izninin alınmasını teslimin şartı olmaktan çıkardığı ve inşaatı ifa olarak teslim aldığı anlamına gelir[109]. Kanaatimizce de sözleşmede yüklenicinin yükümlülüğü olarak belirlenmiş olan yapı kullanma izninin alınması borcu yerine getirilmedikçe iş tamamlanmamış sayılmalıdır. Bu durumda iş sahibi eseri teslim almaya zorlanamaz.

---

[107] Y. 15. HD., 08.06.2004 T., 2003/6242 E., 2004/3206 K.: *'... Sözleşmenin teslim olgusunu iskan koşuluna bağlayan 21. maddesi HUMK'nın 287. maddesi hükmünce delil sözleşmesi niteliğindedir. Bu durumda yüklenicinin teslim savunmasını iskan izni belgesi ile kanıtlaması gerekir. Oysa Ç Belediye Başkanlığının 15.8.2001 tarihli yazısı ve inşaat işlem dosyasından iskan izninin alınmadığı anlaşılmaktadır. O halde davacıya ait bağımsız bölümün halen teslim edilmediğinin kabulü zorunludur...*'; Y. 15. HD., 17.05.2012 T., 2011/2334 E., 2012/3573 K.: *"... sözleşmede inşaatın ruhsat tarihinden itibaren 20 ay içerisinde bitirilip anahtar teslimi teslim edileceği düzenlemesine yer verilmiştir. Anahtar teslimi iskan ruhsatının alınmasını da içermektedir. Eser sözleşmesine dayanan ilişkilerde eserin teslim edildiğini kanıtlama yükümlülüğü yüklenicidedir. Davalı yüklenici H. tarafından davacılara ait işyerinin teslim edildiğine dair bir belge dosyaya konulmamıştır. İskan ruhsatının da alınmadığı anlaşılmaktadır. Mahkemece teslim tarihi olarak kabul edilen 24.8.2005 tarihi kat irtifakının kurulduğu tarihtir. Kat irtifakının kurulması davacıya ait işyerinin teslimi olarak kabul edilemez."*; Y. 15. HD., 6.12.2007 T., 2006/6821 E., 2007/7876 K.: " *Oysa usulüne uygun şekilde düzenlenen sözleşmede inşaatın sözleşme şartlarına uygun şekilde 24 ay içinde teslimi öngörülmüş ve iskan ruhsatı alınması mükellefiyeti de yüklenici üzerinde bırakılmıştır. Henüz iskan ruhsatı alınmadığına göre sözleşme şartlarına uygun bir teslimin varlığından söz edilemez.*". Bkz. www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 05.02.2021). Şahiniz, yapı kullanma izninin alınmamasının teslime engel olacağı yönünde verilmiş bu kararları, Yargıtay'ın bu eksikliği önemli eksiklik olarak nitelendirdiği şeklinde yorumlamaktadır. Bkz. ŞAHİNİZ, s. 45. Buna karşın Ayan, yapı kullanma izninin alınmamış olmasını orta derecede eksiklik olarak nitelendirilmektedir. İş sahibi iskan ruhsatı alınmamış inşaatı teslime zorlanamaz fakat yapıya taşınmak gibi bir davranışla inşaatı teslim aldığını gösterirse bu durumda hukuki teslimin gerçekleştiği söylenmelidir. İş sahibinin açıkça teslim almadığı yönünde iradesi varsa ya da ihtirazi kayıt ile birlikte yapıyı kullanmaya başlamış ise teslim gerçekleşmez. Bkz. AYAN, s. 69 - 70. Aynı yönde bkz. ŞAHİNİZ, s. 49 - 50.

[108] KURT, s. 74; AYAN, s. 69 - 70; ŞAHİNİZ, s. 49.

[109] ÖZ, s. 170; SELİÇİ, s. 42; AYAN, s. 70; KURT, s. 79.

3. Bağımsız Bölümlerdeki Eksiklikler

Bu kısımda bahsedilecek eksiklikler yukarıda değindiğimiz yüz ölçümü eksikliklerinden farklıdır. Kat Mülkiyeti Kanunu[110] m.2 bağımsız bölümleri; "*ana gayrimenkulün ayrı ayrı ve başlı başına kullanılmaya elverişli olan ve bağımsız mülkiyete konu olan bölümleri*" olarak tanımlamaktadır. Yüklenicinin sözleşmede kararlaştırılan veya dürüstlük kuralına göre orta seviyede bir bağımsız bölümde bulunması gereken kısımların eksik ifası hali değerlendirilecektir. Bağımsız bölümlerdeki eksikliklerden Yargıtay kararlarına konu olmuş bazıları şunlardır; duş teknesi[111], doğalgaz kombisi, kalorifer peteği[112], mutfak tezgâhı, mutfak dolabı[113], daire sigorta kutusu, kaçak akım rölesi ve sigortaları ile zayıf akım tesisatı[114], güneş enerjisi[115]. Ayrıca yüklenicinin diğer bağımsız bölümlere yapıp arsa sahibinin bağımsız bölümüne yapmadığı[116] işlerde de bağımsız bölümlerdeki eksikliklerden söz edilecektir.

V. ALIUD İFA

Latince kökenli *aliud* sözcüğü; farklı, başka, başka şey anlamına gelir[117]. Aliud ifa, ayıplı ifadan farklı olarak sözleşme konusu edimden tamamen farklı bir edimin ifa edilmesidir[118]. Konut olarak kullanılacak bir yapı yerine

---

[110] RG., Tarih: 02.07.1965, Sayı: 12038.

[111] Y. 23. HD., 01.10.2015 T., 2014/8664 E., 2015/6196 K. Bkz. www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 05.02.2021).

[112] Y. 23. HD., 22.05.2014 T., 2014/471 E., 2014/3990 K. Bkz. www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 05.02.2021).

[113] Y. 15. HD., 02.06.2011 T., 2011/192 E., 2011/3284 K. Bkz. www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 05.02.2021).

[114] Y. 15. HD., 22.02.2010 T., 2009/1389 E., 2010/1028 K. Bkz. www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 05.02.2021).

[115] Y. 23. HD., 25.05.2012 T., 2012/1521 E., 2012/3685 K. Bkz. www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 05.02.2021).

[116] Y. 23. HD., 01.10.2015 T., 2014/8664 E., 2015/6196 K. Bkz. www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 05.02.2021).

[117] YILMAZ Ejder, **Hukuk Sözlüğü**, 5. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996, s. 54; ŞENOCAK Zarife, "Borçlar Kanunu'nun 96. vd. ve 194. vd. Maddeleri Açısından Aliud'un (Başka Şeyin) Teslimi", **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Cilt: 15, Sayı: 1, Haziran 1989, s. 114.

[118] TANDOĞAN, s. 166; ŞENOCAK, Aliud'un Teslimi, s. 114. Anglo - Amerikan ve *Common Law* hukuk sistemlerinde genel olarak satıcının tüm sözleşme yükümlülükleri, bir garanti taahhüdü olan ve *warranty* olarak ifade edilen hukuki kavram ile ele alınmaktadır. İmkânsızlık, ifa etmeme, geç ifa etme, ayıplı ifa veya üçüncü kişinin hak ve taleplerinden kaynaklanan zapt tehlikesi gibi ifa engelleri açısından *Common Law* sisteminde herhangi bir ayrım yapılmamış olup, bunların hepsi tek bir "sözleşmenin ihlali" kavramı içerisinde değerlendirilmektedir. Bkz. GÜLEL İlhan, "Viyana Satım Sözleşmesinin (CISG) İfa Engelleri Sistemi ve Bu Sis-

bir spor salonu inşa edilmesi aliud ifa örneğidir. Ayıplı ifa halinde teslimden söz edilebilirken aliud ifa halinde sözleşmeye uygun teslimden söz edilemez çünkü ortada sözleşmede belirlenenden tamamen farklı bir edim vardır[119]. Dolayısıyla aliud ifa halinde, ortada bir ayıp değil aliud ifa olduğundan eserin sözleşmeye uygun olarak teslim edilmemesine ilişkin TBK m.112 vd. uygulama alanı bulur[120]. İş sahibi bu edimi bir ifa yerine geçen edim[121] olarak kabul ederse yüklenici borcundan kurtulmuş kabul edilir[122]. Aliud ifa halinde TBK m.147/son'da belirlenmiş beş yıllık genel zamanaşımı süresi içinde iş sahibinin ifayı talep hakkı vardır.

Doktrinde bir görüşe göre inşaat sözleşmelerinde aliud, ağır ayıp halinde vuku bulur[123]. Bu görüşe göre, açıkça belli olacak şekilde ağır ayıplı iş söz konusuysa iş sahibinden eseri teslim alması beklenemez, bu durumda iş sahibi alacaklı temerrüdüne düşmez aksine yüklenici borçlu temerrüdüne düşer. Ancak burada ağır ayıp kavramının kullanılması kanaatimizce ayıp halinde iş sahibinin gözden geçirme ve bildirim külfetinin bulunması nedeniyle kafa karıştırıcı olabilir. Aliud ifa halinde de eksik ifada olduğu gibi, iş sahibi, gözden geçirme ve bildirim külfeti bulunmaksızın beş yıllık zamanaşımı süresi içerisinde, genel hükümlere dayanarak borçlu temerrüdünü ileri sürebilecektir.

---

temde Alıcının Sahip Olduğu Haklar", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Sayı: 38, s. 167; SEROZAN Rona, "CISG'a ve TBK'na Göre Alıcının Dönme Hakkının Sınırları", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 70, Sayı: 2, s. 211.

119 YAKUPPUR Sendi (D. Baruh), **Borçlar Kanunu'na Göre Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Teslim Borcu ve Teslim Borcuna Aykırılıkları**, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009, s. 47.

120 TANDOĞAN, s. 166; ŞENOCAK, (Ayıbın Giderilmesi) s. 105; KURT, s. 73, dn. 229. Şenocak, satış sözleşmesinde aliudun teslimine ilişkin de borcun ifa edilmemesine ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği görüşündedir. Bkz. ŞENOCAK, Aliud'un Teslimi, s. 135.

121 EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 1032; OĞUZMAN / ÖZ, s. 290; ANTALYA, s. 122; TERCIER Pierre / PICHONNAZ Pascal / DEVELİOĞLU Murat, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 322; NOMER Halûk N., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 17. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 315; HATEMİ / GÖKYAYLA, s. 234; İfa yerine geçen edim (*datio in solutum)* borçlunun da geçerli iradesini gerektiren bir sözleşmedir ve irade bozukluğu halleri bu sözleşme için de mümkündür. İfa yerine geçen edim için borçlunun ve alacaklının fiil ehliyeti olmalıdır. Bkz. ACEMOĞLU Kevork, 'Aliud ve Federal Mahkemenin Aliud Konusundaki Tutumu Üzerine', **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Dergisi**, Cilt: 6, Sayı: 9, Ocak 1972, s. 19.

122 ACEMOĞLU, s. 19.

123 KURT, s. 69.

Doktrinde bazı görüşlere göre ve Yargıtay'a göre yüz ölçümü eksikliğinin aşırı olduğu durumlarda aliud olarak değerlendirildiği görülmektedir[124]. Üç odalı yerine iki odalı olarak teslim edilmiş olan eserde aliud teslim olduğu ve borca aykırılığa ilişkin genel hükümlerin uygulanabileceği belirtilmektedir.

Sözleşmede taraflarca kararlaştırılan, yüklenicinin inşa edip teslim etmesi gereken ortak alanların bulunmaması veya yükleniciye verilecek bağımsız bölümlere dâhil edilmesi kanaatimizce aliud ifa niteliğindedir. Sığınak yerine bağımsız bölüm olarak inşa edilen alanın; aliud ifa için yukarıda örnek verdiğimiz konut yerine spor salonu inşa edilmesinden hukuki anlamda bir farkı yoktur. Burada ifası taahhüt edilen bir edimin eksik ifa edilmesi değil başlı başına somut olarak farklı bir görünümde ve nitelikte ifa edilmesi söz konusudur.

VI. EKSİK İŞ HALİNDE İŞ SAHİBİNİN SAHİP OLDUĞU HAKLAR

1. Eksik İşin Teslim Edilmediği Hallerde Uygulanacak Hükümler

Orta derecede önemli eksikliğin bulunduğu durumlarda iş sahibinin teslimi reddetmesi veya eksikliklere dair ihtirazi kayıt sunarak yapıyı kullanması hallerinde ve önemli derecede eksikliğin olduğu durumlarda teslimin gerçekleşmediğinin kabul edilmesi gerektiğinden bahsetmiştik. Bu durumda yüklenici inşaat sözleşmesi ile borçlandığı asli edimlerden birini ifa etmemiş olacağından borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesine ilişkin TBK m.112 vd. uygulanacaktır.

2. Eksik İşin Tesliminin Kabul Edildiği Hallerde Uygulanacak Hükümler

A. Hangi Hükümlerin Uygulanacağına İlişkin Görüşler

Orta derecede önemli eksikliklerin varlığı halinde teslim, iş sahibi tarafından reddedilmediyse veya yüklenici nezdinde eserin teslim alındığı yönünde haklı bir güven oluşturuldu ise yahut eserde yalnız önemsiz eksiklikler mevcut ise teslimin gerçekleştiği kabul edilmelidir. Eksik işlere rağmen

---

[124] GÖNEN, s. 346-347; KURT, s. 73, dn. 229. YHGK, 09.12.1992 T., 1992/15-649 E., 1992/732 K.: *'... Yüzölçümünde noksanlığın fahiş boyutlara ulaştığı ve uygulamada zaman zaman karşılaşılan üç odalı yerine iki odalı daire teslimi gibi hallerde ise "değişik eser"in (aliud) varlığı söz konusudur. Kuşkusuz bu durumlarda da borcun ifasına dair genel hükümlere başvurulabilecektir...'*. Bkz. www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 05.02.2021).

dürüstlük kuralına göre veya iş sahibinin iradesiyle teslimin gerçekleştiği durumda yüklenici eseri teslim borcunda temerrüde düşmüş olmaz fakat ifa tümüyle elde edemediğinden iş sahibinin eksikliklere ilişkin talepleri genel hükümler çerçevesinde karşılanmalıdır[125]. İnşaattaki ayıplar ve eksiklikler ayrı ayrı ele alınmalı, ayıplar için ayıptan sorumluluk hükümlerine eksiklikler için genel hükümlere başvurulmalıdır. Bu sebeple eksiklikler için gözden geçirme ve bildirim külfetinin yeri yoktur. Zamanaşımı süresi de TBK m.147/son uyarınca kural olarak beş yıl ve istisnaen yüklenicinin ağır kusuru varsa TBK m.146 uyarınca on yıldır. Yargıtay'ın yerleşik uygulaması da eksik işlerin ve ayıplı işlerin birbirinden ayrı değerlendirilmesi ve farklı hükümlere tabi olması yönündedir[126].

Bir diğer görüşe göre ise iş sahibinin eksik işlere ilişkin talepleri eser sözleşmesinde yüklenicinin ayıptan sorumluluğu hükümlerine göre çözümlenmelidir[127]. Bu görüşün dayandığı temel nokta; teslimin gerçekleşmiş olması nedeniyle artık sadece ayıptan sorumluluk hükümlerine gidilebilir. Yüklenicinin ayıp nedeniyle sorumluluğuna da ancak iş sahibinin gözden geçirme ve bildirim külfetini yerine getirmesiyle gidilebilir. Koller, yüklenicinin bilinçli olarak yapmadığı veya gizlediği eksiklikler için aynı bilerek gizlenen ayıplarda olduğu gibi gözden geçirme ve bildirim külfetinden bağımsız olarak ve genel zamanaşımı süresinde ayıp hükümlerine başvurulabileceği kanaatindedir[128]. Eksiklikler bakımından ayıp hükümlerine gidilmesi

---

[125] AYAN, s. 76, s. 84; KURT, s. 75; BURCUOĞLU, s. 286; ŞAHİNİZ, s. 69; ERMAN, s. 199 vd.

[126] Y. 15. HD., 01.07.2015 T., 2014/5163 E., 2015/3868 K. *"... eksik iş kavramı ayıp kavramından farklı olup, ayıp hükümlerine bağlı değildir. Eksik işler bedeli eser sözleşmelerinde öngörülen zamanaşımı süresi içerisinde her zaman istenebilir. Bu hususta ayıplar için öngörülen ihbar yükümlülüğüne uyma zorunluluğu da bulunmamaktadır*."; YHGK, 27.09.2000 T., 2000/15-1134 E., 2000/1191 K.: "*..Ayıplı iş vasıf noksanlığını ifade ettiği halde, noksan iş kavramı yapılmayan işi ortaya koyar, ayıplı işler hakkında BK. 359-363 maddeleri uygulanırken eksik işler bu maddelerin kapsamı dışında bırakılmış, BK md.96 kapsamında tutularak, borçlunun kusurlu ifa imkânsızlığından veya gereği gibi ifa etmemesinden yahut sözleşmenin müsbet ihlalinden kaynaklanan tazminatla giderilmesi sağlanmıştır*."; Y. 15. HD., 17.06.2008 T., 2008/1942 E., 2008/4021 K. Bkz. www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 05.02.2021).

[127] KOLLER, (Bern Komm Art.363 - 366), s. 113 (AYAN, s.74'ten naklen.); KOLLER Alfred, "Konventionalstrafe für Bauverzögenurgungen (Verpätungsstrafe)", **Bau - und Bauprozessrecht: Ausgewählte Fragen**, Herausgegeben: Alfred Koller, St. Gallen 1996, s. 56, dn. 125 (AYAN, s.74'ten naklen.); BÖGLİ Roman, Der Übergang von der unternehmerischen Leistungspflicht zur Mängelhaftung beim Werkvertrag - Zeitpunkt und Voraussetzungen, Diss. Bern 1996, s. 205; no: 350 ve özellikle s. 261, no: 434 vd. (AYAN, s.74'ten naklen.); SELİÇİ, s. 134; ÖZ, s 105, s. 110; ŞENOCAK, Ayıbın Giderilmesi, s. 90; ÇETİNER, s. 120.

[128] KOLLER, Bern Komm Art.363 - 366, s. 374 (AYAN, s.74'ten naklen).

konusunda kanaatimizce en büyük sorun ayıptan sorumluluğun gözden geçirme ve bildirim külfetine bağlanmış olmasıdır. Alacağı, kendisine gereği gibi ifa edilmemiş, üstelik ayıplı ifadan daha ağır bir sözleşme ihlali ile -eksik ifa ile- karşı karşıya olan iş sahibi, ayıplar bakımından dahi doktrinde[129] birçok yönden eleştirilen gözden geçirme ve bildirim külfetine tabi tutulmaktadır. Bu külfet yerine getirilmezse iş sahibi eksikliğe ilişkin talep haklarını kaybedecektir. İş sahibi bakımından ayıp hükümlerine tabiiyetin tek avantajı; yüklenicinin ağır kusurunun bulunması halinde dava zamanaşımının TBK m.478'de yirmi yıl olarak belirlenmiş olmasıdır. Fakat gözden geçirme ve bildirim külfetinin yerine getirilmemesi halinde bu uzun zamanaşımının da hiçbir anlamı kalmayacaktır.

Eksikliklerin de ayıp hükümlerine tabi olması gerektiği savunulurken eksik işler ve ayıplı işler için farklı hükümlere gidilmesi eleştirilmektedir. Bu eleştirinin dayandığı temel noktalardan biri; teslimin gerçekleşmiş olmasının temerrüt hükümlerine gitmeyi engelleyeceği fikriyle Yargıtay'ın, inşaattaki eksik işlerin teslim edilmeyeceği ayıplı kısımların ise teslim edileceği gibi bir yoruma mahal vermesidir[130]. Yargıtay'ın eksik işlerle ayıplı işlere farklı hükümler uygulamak amacıyla, teslimin temerrüdü engelleyeceği fikri ile inşaattaki eksik işler haricindeki kısımlar bakımından kısmi ifanın gerçekleştiği yönünde kararları tarafımızca da eleştirilmektedir[131]. Yargıtay bazı kararlarında tek bir eserdeki noksanlıkların bazılarını eksik iş bazılarını ayıplı iş olarak değerlendirmekte ve bu eksiklikleri niteliklerine göre farklı hukuki sonuçlara bağlamaktadır. Bu uygulama eserin eksik işlerle birlikte dürüstlük kuralı uyarınca ya da iş sahibinin iradesi ile teslim edildiği durumlar için işlevselidir. Fakat Yargıtay bazı kararlarında eserin eksik iş ile fiilen iş sahibine teslim edilmesini bir nevi kısmi ifa olarak yorumlamakta ve eksik kalan kısma yönelik olarak iş sahibinin ifayı talep etme hakkına sahip olduğunu; tamamlanan kısımlar bakımından ise ayıplı ifanın söz konusu olacağı-

---

[129] BUCHER / BUZ, s. 145 -173. Yazarlar, açıklamalarının, -eser sözleşmelerinde ayıba ilişkin sorumluluk hükümlerinin kullanılmasının şartı olan gözden geçirme ve bildirim külfeti için de- geçerli olduğunu belirtmişlerdir. Bkz. BUCHER / BUZ, s. 146.

[130] ÇETİNER, s. 123.

[131] YHGK, 09.12.1992 T., 1992/15-649 E., 1992/732 K.: *"... Anlatılan nedenlerle, inşaatlarda mesaha noksanlığının eksik iş olduğunun, yüklenicinin edimini tam olarak yerine getirmediğinin, davacıya teslim edilen bağımsız bölümde mekan küçüklüğünden ötürü borcun kısmen ifa edildiğinin kabul edilmesi gerekir..."*; Y. 15. HD., 22.02.2010 T., 2009/1389 E., 2010/1028 K.: "*Davalı yüklenici, davacılara ait* bağımsız *bölümleri, sözleşme hükümlerine aykırı olarak ve bu kapsamda noksan yüzölçümlü yapmış olduğundan, sözleşmeyle yükümlendiği edimlerini kısmen ifa etmiş sayılır.*" Bkz. www.kazanci.com, (Erişim tarihi: 05.02.2021).

nı ve gözden geçirme ve bildirim koşuluyla yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğunun doğacağını belirtmektedir[132].

Yargıtay'ın kısmi ifa değerlendirmesini yorumlamak için öncelikle eseri teslim borcunun kısmi ifaya uygun bir yapısı olup olmadığına bakılmalıdır. Eseri teslim borcu kural olarak bölünemez bir borçtur[133]. Eserin teslimi borcunun bölünemeyen bir borç olması inşaat sözleşmesinin ani edimli bir sözleşme olmasından kaynaklanmaktadır[134]. İnşaat sözleşmesinin ani edimli sözleşme olduğu kanaatinde, eserin meydana getirilme süresi değil; iş sahibinin, ifaya ilişkin menfaatinin, eserin tamamlanması ve teslimiyle birlikte bir anda gerçekleşmesi temel alınmaktadır[135]. Teslim gerçekleşmedikçe eserin tamamlanması için yapılmış faaliyetlerin seviyesi önem arz etmez ve kısmi ifadan söz etmek mümkün olmaz[136]. Kısmi ifadan söz edebilmek için yüklenicinin meydana getirdiği kısmın ifaya ilişkin menfaati kısmen de olsa karşılayabilmesi gerekir[137]. Birden fazla blokun inşasını konu edinen bir sözleşmede her bir blokun tamamlanması inşaat sözleşmesinde kısmi ifa sayılabilir[138]. Kısmi ifaya uygun (bölünebilir) edimlerde borcun tamamının muac-

---

[132] Y. 15. HD., 07.12.2011 T., 2011/752 E., 2011/7242 K.: '*... O halde mahkemece yapılması gereken iş davacının göstermiş olduğu tanıklar da dinlenerek ayıp ihbarının yapılıp yapılmadığı, yapılmış ise ne zaman yapıldığı konusunun her türlü tereddüt ve kuşkudan uzak bir şekilde belirlenip, ayıp ihbarının süresinde yapıldığının anlaşılması halinde eksik ve ayıplı imalat bedelinin bilirkişilerden alınacak ek raporla teslim tarihindeki serbest piyasa rayiç fiyatlarıyla belirlenmesi, sonucuna göre hüküm kurulması; ayıp ihbarının süresinde yapılmadığının anlaşılması halinde sadece eksik imalat yönünden teslim tarihinde serbest piyasa rayiç fiyatlarıyla bedelin saptanmasından ve sonucu dairesinde hüküm kurmaktan ibaret olmalıdır...*'. Bkz. www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 24.04.2021). Gönen, yüzölçümü eksikliğinin eksik iş olarak ve kısmi ifa olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. GÖNEN, s. 346. Aksi yönde: Y. 15. HD. 17.01.2007 T., 2005/7490 E., 2007/115 K.: "*Ani edimli olan eser sözleşmelerinde ifa, ya vardır, ya da yoktur. Kısmî ifa olamaz.*" Bkz. www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 24.04.2021).

[133] KURT, s. 396.

[134] Eser sözleşmesinin ani edimli sözleşme olduğu yönünde bkz.: TANDOĞAN, s. 148, YAVUZ Cevdet, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 5. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2007, s. 499, EREN, Müteahhidin Borçları, s. 52; SELİÇİ, s. 26; ÖZ, s. 20; KURT, 50; AYAN, s. 46; SEÇER, s. 60; ŞENOCAK, Ayıbın Giderilmesi, s. 7. Y. 14. HD., 05.03.2009 T., 2009/1786 E., 2009/2803 K., "... eser sözleşmeleri iki tarafa hak ve borçlar yükleyen ani edimli sözleşmelerdendir. ... Ani edimli sözleşmelerde, eserin tesliminden önceki bütün çalışmalar eseri meydana getirme çalışmalarıdır." Bkz. www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 24.04.2021).

[135] KARAHASAN M. Reşit, **İnşaat İmar İhale Hukuku**, Cilt I, 1. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1997, s. 58, KURT, s. 50; AYAN, s. 43.

[136] ÖZ, s. 23-21, KURT, s. 50.

[137] ÖZ, s. 43; KURT, 396. Eser sözleşmesinin ani edimli olduğunu kabul etmekle birlikte sözleşme özgürlüğü çerçevesinde sürekli borç ilişkisi doğuracak şekilde de kurulabileceğine dair görüş için bkz. ÖZ, s. 22 vd. Böyle bir halde de kısmi ifadan söz edilebilir.

[138] AYAN, s. 284.

cel olduğu durumlarda TBK m.84 uyarınca kısmen ifa kabul edilmek zorunda değildir. Böyle bir halde iş sahibi kısmen ifayı kabul etmeyip yükleniciyi edimin tamamı için temerrüde düşürebilir[139].

İnşaat sözleşmelerinde kısmi ifanın mümkün olabileceği hallerden biri de, sıkça rastlanan bir uygulama olan kısım kısım teslim uygulamasıdır. TBK m.479/2'de eserin parça parça tesliminden bahsedilmekle bu uygulama kanun tarafından da tanınmıştır. Eserin teslimi için tek bir tarih kararlaştırıldıysa kısmi teslim kural olarak mümkün olmaz; fakat taraflar eserin kısım kısım teslim edilmesi konusunda anlaşırlarsa iş sahibinin kısmi ifayı kabulü gerekir[140]. Kısım kısım teslim kararlaştırılmışsa tamamlanan kısmın teslimi için inşaatın bütününün tamamlanmış olması gerekmez; teslim edilecek kısmın tamamlanmış olması yeterlidir[141]. Kabul edilen kısımda eksik işlerin mevcudiyeti halinde kabul ile birlikte iş sahibinin artık genel hükümlere başvurma hakkı ortadan kalkar[142]. Taraflar arasında inşaatın kısım kısım teslimi sözleşmede kararlaştırılmamış olsa da -bölünebilir edimli bir inşaattan bahsediliyorsa- iş sahibinin inşaatın tamamlanan kısmını teslim aldığı yönünde kanaat oluşturacak örtülü kabul davranışları bizi kısmi teslimin yapıldığı sonucuna götürebilir[143].

---

[139] GÜMÜŞ Mustafa Alper, "Kısmi İfa", **Prof. Dr. Fahiman TEKİL'in Anısına Armağan**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2003, s.603-604; GÜMÜŞ Mustafa Alper, "Türk Borçlar Kanunu (TBK) m.100 (eBK m.84)'ün Mahsup Kuralına İlişkin Bir İnceleme, A Research Related to the Rule of Deduction according to Turkish Code of Obligations, Art.100 (Code of Obligations (repealed), Art.84)", **Journal of Yaşar University,** Yıl: 2013, Cilt: 8, Sayı: Özel, s. 1254.

[140] OĞUZMAN / ÖZ, s. 296; AYAN, s. 72; KURT, s. 397. Y. 15. H.D., 22.04.2008 T., 2007/7527 E., 2008/2668 K.: "*Eser ya da işin, parça parça tesliminde bedelin ödenmesi kararlaştırılmış ise, her parçanın bedeli, onun teslimi zamanında ödenmek gerekir.*" Bkz. www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 24.04.2021).Erman, edimlerin bölümler halinde yerine getirilmesinin inşaat sözleşmesini sürekli edimli sözleşme olduğu savına örnek göstermiştir. Bkz. ERMAN, s. 9.

[141] AYAN, s. 71 - 72.

[142] AYAN, s. 72.

[143] Y. 15. HD., 30.05.2007 T., 2007/1900 E., 2007/3646 K.: "*Davacıya isabet eden diğer bağımsız bölümler yönünden yüklenici teslimde temerrüde düşmüş ise de, sözleşme konusu 13 parselde yapılan inşaatın zemin katındaki 2 adet dükkan 07.02.1997 tarihli protokolle aynı günde ve teslimi gereken tarihten önce davalı yüklenici tarafından davacıya fiilen teslim edilmiştir. Yanlar arasındaki sözleşme hükümlerine göre teslim "anahtar teslimi" şartına bağlı olmadığı gibi, davacı arsa sahibi bu dükkanlarda eylemli olarak tasarrufta bulunmadığını ve buna davalı yüklenicinin kusurlu eylemlerinin sebep olduğunu kanıtlayamamıştır. Bu durumda teslimi öngörülen tarihten önce davacının eylemli egemenliğine bırakılan ve fiilen tasarruf ettiği iki dükkanla ilgili gecikme tazminatı isteminin tümden reddi yerine 31.07.2000 tarihine kadar olan dönem için kabulü doğru olmamıştır.*" (Bkz. AYAN, s. 73, dn. 245).

Yargıtay'ın aynı eserdeki eksiklikler için ikili bir değerlendirme yapması; iş sahibinin aynı anda hem ifayı talep hakkına sahip olması hem de ayıptan doğan haklarını kullanabilmesi eser sözleşmesinin kanuni sistematiği açısından ve ayıplı ve eksik iş ayrımının her bir kısım için ayrı ayrı değerlendirilmesinin zorluğu açısından çelişkili bir durum yaratabileceğinden hareketle doktrinde eleştirilmektedir[144]. Ayrıca, Yargıtay tarafından, eksik veya ayıplı olmayan kısmın teslim alındığı; diğer kısmın ise teslim alınmadığı yorumunun, -başka bir deyişle- inşaatın kısmi ifasının kabul edilerek, bağımsız bölümü teslim alan iş sahibine, sahip olmadığı bir irade atfedilmekte olduğu ve bunun da bağımsız bölümü konu eden inşaat sözleşmesinde edimin bölünebilir olmaması nedeniyle eşyanın tabiatına ve taraf iradelerine aykırı bir yorum olduğu eleştirisi getirilmektedir[145].

B. İş Sahibinin Hakları

a. Aynen İfa veya Mümkün Olmaması Halinde Eksik İşler Bedelini Talep Etme Hakkı

Eksik ifa halinde; teslimin gerçekleştiğini kabul eden görüşe göre artık temerrüde ilişkin hükümlere gidilemez, TBK m.112 gereği borcun ifa edilmemesinin sonucu olarak borçlunun giderim borcu söz konusu olur[146]. Bu halde gözden geçirme ve bildirim külfeti olmaksızın, ihtirazi kayıt öne sürülmesi aranmaksızın yüklenicinin sorumluluğu doğar. İş sahibi yükleniciden eksiklikleri tamamlamasını, yani aynen ifada bulunmasını TBK m.146 ve m.147/son'da düzenlenen, hale göre 10 ve 5 yıllık genel zamanaşımı süreleri içinde talep edebilir. Yüklenicinin borcunun muaccel olması iş sahibinin aynen ifa talebine sebep oluşturur ve bu talep için yüklenicinin borca aykırılıkta kusurlu olması gerekmez[147].

---

144 ÇETİNER, s. 123.

145 ÇETİNER, s. 123.

146 KURT, s. 75. Aynı yönde bkz. YHGK., 27.09.2000 T., 2000/15-1134 E., 2000/1191 K.: '*Tam karşılıklı sözleşmelerden olan "istisna" akitlerinde, işin eksik ifası halinde uygulanarak yasa maddelerinin borcun ifa edilmemesine ilişkin genel hükümler olduğunda yargı inançları ile öğreti görüş birliği içindedir. Ayıplı iş vasıf noksanlığını ifade ettiği halde, noksan iş kavramı yapılmayan işi ortaya koyar, ayıplı işler hakkında BK. 359-363 maddeleri uygulanırken eksik işler bu maddelerin kapsamı dışında bırakılmış, BK m.96 kapsamında tutularak, borçlunun kusurlu ifa imkânsızlığından veya gereği gibi ifa etmemesinden yahut sözleşmenin müsbet ihlalinden kaynaklanan tazminatla giderilmesi sağlanmıştır.*'. Bkz. www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 05.02.2021).

147 KURT, s. 75; AYAN, s. 77.

Aynen ifanın mümkün olmadığı durumlarda eksik işler bedeline hükmolunur[148]. İş sahibi eksikliğin giderilmesi talebiyle birlikte eksik ifa nedeniyle geç teslimden kaynaklanan müspet zararını talep edebilir. Yalnız müspet zarar talebi ancak yüklenicinin kusurlu olması halinde talep edilebilir[149]. Örneğin iş sahibi eksiklik tamamlanana kadar bağımsız bölümü kiraya veremediyse veya daha düşük bedelle kiraya verebildiyse bu kira kaybını kusurlu yükleniciden talep edebilir[150].

Yargıtay eksik işe ilişkin alacağın sözleşme konusu bağımsız bölümlerin fiilen iş sahibine teslim edildiği tarih olduğunu; eser sözleşmesinden doğan davalarda teslimi ve teslim tarihini ispat yükünün yükleniciye ait olduğunu belirtmektedir[151].

b. Bedelden İndirim ve Eksik İfa Sebebiyle Doğan Zararın Tazminini Talep Hakkı

Gözden geçirme ve bildirim külfetine ve yüklenicinin kusuruna tabi olmaksızın iş sahibi TBK m.475'in kıyasen uygulanması ile bedelden indirim talep edebilir[152]. Bedelden indirim eksikliğin giderilmesi için gereken masraflar kadar olmalıdır[153]. Yargıtay, bazı kararlarında bedelden indirilecek masrafların miktarını, dava tarihindeki rayiç bedel[154]; bazılarında ise teslim tarihindeki rayiç bedel[155]; bazılarında ise, teslimin gerçekleşmesi -yapı kullanma izninin alınmaması gibi sebeplerle- eserin yapıl-

---

148 GÜR, s. 119.

149 AYAN, s. 77.

150 Y. 15. HD., 28.03.2007 T., 2006/1528 E., 2007/1924 K.: '*Dosya içeriğine göre, arsa sahibine ait bağımsız bölümlerin dava tarihi itibariyle kullanıldığı anlaşılmaktadır. Bu durumda, arsa sahibi, kendisine düşen bağımsız bölümleri kiraya verilecek durumda teslim almış ise, o bölümlerle ilgili kira alacağına bu tarihe kadar hükmolunur. Eğer teslim alınırken kiraya verilmesine engel eksiklikler varsa, öncelikle, arsa sahibinin bu eksiklikleri ne kadar sürede tamamlayabileceği bilirkişiye hesaplattırılarak, bulunacak bu tarihe kadar kira alacağı karar altına alınmalıdır.*' Bkz. www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 05.02.2021).

151 Y. 15. HD., 20.12.2012 T., 2012/5363 E., 2012/8002 K. (KIRMIZI Mustafa, **Eser Sözleşmesi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, Ankara, 2018, s. 932).

152 AYAN, s. 78.

153 Bedelden indirilecek miktar, tamamlanmış eser ile tamamlanmamış eser arasındaki değer farkı kadar değil eksikliğin giderilmesi için gereken masraflar kadar olmalıdır. Bkz. AYAN, s. 78, dn. 272.

154 Y. 15. HD. 11.11.2020 T., 2020/1909 E., 2020/2968 K.; Y. 15. HD., 01.04.2008 T., 2007/136 E., 2008/2056 K. Bkz. www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 05.02.2021).

155 Y. 15. HD., 06.02.2002 T., 2002/4689 E., 2002/546 K.; Y. 15. HD., 22.02.2001 T., 2000/4852 E., 2001/994 K. Bkz. www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 05.02.2021).

dığı tarihten sonra ise eserin yapıldığı tarihteki rayiç bedel[156] dikkate alınarak hesaplanması gerektiği görüşündedir. Kanaatimizce her olay özelinde hakkaniyetin gerçekleştirilmesi için farklı ölçütlerin dikkate alınması gerekmekle birlikte iş sahibinin teslim tarihinden itibaren eksikliklerin giderilmesi için aynen ifa ya da bedelden indirim talep edebileceği gözetildiğinde dava tarihindeki piyasa rayiç değerlerinin esas alınması yerinde olacaktır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde; inşaatın teslimine karşılık ifa edilecek edim para değil arsa payı olduğundan bedelden indirimin nasıl yapılacağı konusu tartışmalıdır. Doktrinde bir görüşe göre bedelden indirim arsa payından indirim şeklinde değil ancak parasal olarak yapılabilecektir[157]. Diğer bir görüşe göre ise bu uygulamanın hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabileceği, bu sebeple eksik işlerin tamamlanması için gereken masraf bir adet bağımsız bölüme ya da bunun gibi tam bir paya denk geliyorsa arsa payından indirimin olması gerektiği yönündedir[158]. Bu mümkün değilse bedelden indirim yerine yüklenicinin eksik işler değerinde para ödemesi gündeme gelmelidir.

c. Ödemezlik Def'i

TBK m.97'ye göre karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, borcun ifasını talep eden taraf kendi borcunu ifa etmiş ya da ifasını önermiş olmalıdır. Ödemezlik def'inin (*exceptio non adimpleti contractus*) koşullarının[159] yüklenicinin eksik ifası halinde gerçekleştiği görülmektedir. İnşaat sözleşmeleri karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerdir. Borcunu ifa etmeyen taraf karşı taraftan borcunu ifa etmesini talep edemez. Ödemezlik def'i, alacağını elde edememiş olan sözleşme tarafı için bir teminat teşkil eder ve alacaklı üzerinde borcu ifa etmesi için bir baskı yaratır[160]. Eksik işin varlığı halinde iş sahibi eksiklikler tamamlanana kadar TBK m.97 uyarınca ödemezlik def'ini ileri sürerek eksikliklerin tamamlanması için gereken tutar kadar bedel öde-

---

156 Y. 15. HD., 24.02.2020 T., 2020/112 E., 2020/736 K. Bkz. www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 05.02.2021).

157 SELİÇİ, s. 170; UÇAR, Ayıba Karşı Tekeffül, s. 187.

158 AYAN, s. 79.

159 REİSOĞLU Safa, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 24. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 331 - 332; OĞUZMAN / ÖZ, s. 363-371; EREN, Borçlar hukuku Genel Hükümler, s. 1105-1112; HATEMİ / GÖKYAYLA, s. 256; NOMER, s. 351 - 354; AKINTÜRK / ATEŞ, s. 117 - 118; ANTALYA, s. 107-113; KILIÇOĞLU Ahmet M., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 24. Bası, Ankara, 2020, s. 754 - 760.

160 EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 1104.

me borcunu ifa etmekten kaçınabilir[161]. Doktrinde bir görüş Almanya uygulamasını esas alarak; iş sahibinin eksikliğin tamamlanması için gerekli olan masrafın iki katı kadar tutar için ödemezlik def'ini kullanabilmesinin mümkün olduğunu belirtmektedir[162].

TBK m.479/1 hükmü uyarınca bedel ödeme borcu eserin teslimi anında muaccel olur[163]. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenici arsa payının devrini teslimin gerçekleşmesiyle isteyebilecektir. İş sahibine eserin teslim edilmemesi veya iş sahibinin teslim almaktan kaçınma hakkını kullanması halinde iş sahibi arsa paylarını devretmekten ödemezlik def'i ileri sürerek kaçınabilir. İş sahibi eksikliklerin giderilmesi için gereken masrafların miktarında arsa payının yükleniciye devrinden kaçınabilir[164]. Arsa payları bütünlük arz ettiğinden arsa paylarının devrinde ödemezlik def'i ileri sürülmesi bazı sorunlar ortaya çıkarabilir. Arsa payına bağlı bağımsız bölümün değeri eksikliğin giderilmesi için gereken tutardan çok yüksek olursa arsa payının devrinden kaçınılması dürüstlük kuralına aykırılık arz etse de eksikliğin giderilmesi ancak ödemezlik def'inin ileri sürülmesine bağlı olabilir. "*İş sahibinin elindeki tek teminatı eksiklikler giderilmeden yükleniciye vermek zorunda bırakılması da hakkaniyete aykırıdır*"[165]. Doktrinde bir görüşe göre eksikliğin varlığına rağmen hukuken teslim gerçekleştiyse eksikliğin giderilmesi için gereken tutar arsa payının değerini aşsa dahi iş sahibi arsa payının devrinden kaçınabilmelidir[166].

Bedelde indirim hakkının kullanılması durumunda ödemezlik def'ine ihtiyaç olmayacaktır. Ayıptan veya eksik işten doğan zararın (eksiklik nedeniyle bağımsız bölümün kullanılamaması gibi) tazmini için ödemezlik def'ine başvurulabilir[167].

---

[161] AYAN, s. 77; ERTAŞ Şeref, "Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hak ve Borçların Devri", **Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsel'e Armağan**, 1. Bası, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir, 2001, s. 81; KURT, s. 78.

[162] AYAN, s. 77, dn. 266. Karşı görüş için bkz: KURT, s. 78, dn. 249. Kurt; kanuni bir dayanağı olmadığından bu görüşe katılmadığını belirtmiştir.

[163] Y. 23. HD., 17.4.2015 T., 2014/2214 E., 2015/2649 K.: '*... Kural olarak, ücret (arsa payı) sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa (kademeli ferağ öngörülmemişse) işin yapılmasından sonra ödenir (devredilir). Bu durumda, inşaat yapma borcunu yerine getirmeyen yüklenici, arsa sahibinden tapu devrini isteyemez (BK m.81)...*'. Bkz. www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 05.02.2021).

[164] AYAN, s. 87-88; KURT, s. 78; NOMER, s. 352.

[165] AYAN, s. 87. Eren de ödemezlik def'inin teminat fonksiyonuna değinmiştir. Bkz. EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 1104.

[166] ŞAHİNİZ, s. 95.

[167] AYAN, s 87.

d. Sözleşmenin Tam Tazminatla Feshi Hakkı

Kanun koyucu, TBK m.484'te, iş sahibine, yüklenicinin ifaya olan menfaatini yani yüklenicinin tüm zararını gidermek ve meydana getirilmiş olan kısmın karşılığını ödemek şartıyla eser sözleşmesini feshetme hakkı tanımıştır. Eksik iş halinde, eserin tamamlanmamış olması sebebiyle tam tazminatla fesih hakkı kullanılabilir[168]. Eserde teslime engel olmayan önemsiz eksiklikler mevcutsa dürüstlük kuralına göre eser teslim edilmiş sayılacağından tam tazminatla fesih hakkı kullanılamaz[169]. Orta derecedeki eksiklikler için; iş sahibinin, eseri teslim almayı reddetmemesi ve yüklenici tarafından eserin kabul edildiği yönünde haklı güven oluşturması halinde teslimin gerçekleştiği varsayılarak tam tazminatla fesih hakkı kullanılamaz[170].

SONUÇ

İnşaat sözleşmeleri kapsamında yüklenicinin asli borcu; taşınmaz yapıyı sözleşme ve eklerine, düzenlenen plan ve projesine uygun şekilde inşa etmenin yanı sıra bu inşaatı sözleşmede belirlenmiş nitelikte ve eksiksiz olarak teslim etmektir. Teslim, sözleşmeye uygun olarak tamamlanmış bir eserin iş sahibine yüklenici tarafından fiilen sunulup verilmesi, onun doğrudan hâkimiyet alanına sokulmasıdır. Teslimin gerçekleştiğine dair ispat yükü yüklenicidedir. Kabul için iş sahibinin eseri gözden geçirmesi gereklidir ve bu da eserin teslimi ile mümkün olacaktır. Eser iş sahibine teslim edildikten sonra iş sahibi gözden geçirme külfetini yerine getirir ve eserin sözleşmeye uygun olarak tamamlanmış olduğunu beyan ederse kabul gerçekleşir. Kabul; eserin ayıpsız ve sözleşmeye uygun olduğunun iş sahibince açıklanmasıdır. Eser sözleşmelerinde yüklenicinin eseri teslim etmesi ve iş sahibinin eseri teslim alması birbiriyle bağlantılı ve aynı hukuki işlemi ifade eden kavramlardır; fakat eserin teslimi ve kabulü birbirinden farklı kavramlardır. TBK m.474 uyarınca teslim, iş sahibinin gözden geçirme ve bildirim külfetinin süresini başlatır ve ayıp halinde iş sahibi bu külfeti yerine getirmekle seçimlik haklarını kullanabilir. Fakat TBK m.477 uyarınca kabul, yükleniciyi her türlü sorumluluktan kurtarmakla iş sahibinin ayıba ilişkin haklarını kullanılmasını engeller. Teslim ve kabulün hukuki sonuçlarının birbirine zıt denebilecek ölçüde farklı olması nedeniyle bu kavramları birbirinden ayırt etmek ve farklı kavramlar olarak değerlendirmek önemlidir.

---

168 SEÇER, s. 112.

169 ŞAHİNİZ, s. 63; SEÇER, s. 112.

170 SEÇER, s. 113.

TBK m.477/2 gözden geçirme ve bildirimde bulunma külfetine uygun davranılmamasının kabul anlamına geleceği hükmü eksik işlerde iş sahibinin gözden geçirme ve bildirim külfeti bulunmadığından uygulanamaz. Eserin eksik ifa edilmiş olması halinde; eser, sözleşmede kararlaştırılan haliyle henüz ortaya çıkmadığından teslim ve dolayısıyla ifa gerçekleşmez. Eserin eksik olarak teslim edilmesi halinde teknik anlamda teslim gerçekleşmeyeceğinden ayıba karşı tekeffül de söz konusu olmayacaktır. Buna rağmen eksik işlerin teslimi her zaman engelleyeceği sonucu hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurur. Eksik işin, işin tamamına oranı ve nitelik bakımından önemine göre ve iş sahibinin davranışlarının dürüstlük kuralı çerçevesinde yorumlanması ile teslimin bazı hallerde gerçekleşeceği kabul edilmelidir. Eksiklik; önemsiz eksiklik, orta derecede önemli eksiklik ve önemli eksiklik olarak sınıflandırılabilir. Eksikliğin; önemli olup olmadığı, eksikliğin inşaatın tamamına oranının hesaplanması ile değil somut olayda inşaattaki önemine göre belirlenmelidir. Teslimin gerçekleşip gerçekleşmediği sorusunun cevabı, eksik işin, inşası ve teslimi borçlanılan eserin tamamına oranına göre bir değerlendirme yapılmakla bulunacaktır. Önemsiz eksikliklerin varlığı, dürüstlük kuralı uyarınca teslimin gerçekleşmesini engellemez. Orta derecedeki eksikliklerde yüklenicide eserin teslim alındığı yönünde haklı bir güven oluşturuldu ise eserin teslim alınmadığının ileri sürülemez, fakat önemli eksikliklerde ise eserin tamamlanmış kısmı kullanılsa dahi dürüstlük kuralına göre teslim gerçekleşmez. Bu görüşe göre, inşaatta önemli eksiklikler varsa eserin artık teslim edilebilir olma kabiliyeti ve yüklenicinin ifa iradesi yok olur ve teslim ancak eksikliklerin tamamlanmasıyla gerçekleşebilir.

Görüldüğü üzere eksik iş ayıplı işten farklı bir kavram olup eksik iş halinde doktrindeki ağırlıklı olarak benimsenen görüş ve Yargıtay uygulamasında olduğu gibi genel hükümlere gidilmelidir. İş sahibi eksik iş dolayısıyla seçimlik olarak aynen ifa ile eksik teslimden doğan zararın tazminini, bedelden indirim ile eksik ifa sebebiyle doğan zararın tazminini, eksik işler bedelinin ödenmesini talep edebilir. Ayrıca iş sahibi eksik kalan kısım oranında ödemezlik def'i ileri sürerek parasal bedel ödemekten ve arsa paylarını devirden imtina edebilir. Fakat bu noktada Yargıtay'ın eksik işlerde kısmi ifanın bulunduğu yönündeki görüşü eleştiriye açıktır. Yargıtay tarafından, eksik veya ayıplı olmayan kısmın teslim alındığı; diğer kısmın ise teslim alınmadığı yorumunun, -başka bir deyişle- inşaatın kısmi ifasının kabul edilerek, bağımsız bölümü teslim alan iş sahibine, sahip olmadığı bir irade atfedilmekte olduğu ve bunun da bağımsız bölümü konu eden inşaat sözleşmesinde edimin bölünebilir olmaması nedeniyle eşyanın tabiatına ve taraf iradelerine aykırı olduğu görülmektedir.

Uygulamada sıkça karşılaşıldığı üzere; yüz ölçümü eksikliği, bağımsız ve ortak bölümlerde sözleşmeye veya dürüstlük kuralına göre bulunması gerekenlerin eksikliği eksik iş niteliğindedir ve bu hallerde iş sahibinin genel hükümlere göre temerrüde dayanması gerekmektedir.

Kullanım izninin alınmamasını sözleşmede teslimin bu şarta bağlanıp bağlanmadığına göre değerlendirmek uygun olacaktır. Sözleşmede yüklenicinin kullanım izninin alması teslim için önkoşul olarak belirlendiyse ya da anahtar teslim söz konusu ise kullanım izninin alınmaması, sözleşmeyle taahhüt edilen bir işin yapılmaması olduğundan eksik iş niteliğinde olacaktır.

Yüklenicinin ifaya sunduğu edimde yüz ölçümü eksikliğinin aşırı olduğu durumlarda, örneğin üç odalı yerine iki odalı olarak teslim edilen edimin, doktrinde bazı görüşlere ve Yargıtay'a göre *aliud* olarak değerlendirilmesi kanaatimizce yerindedir. Bunun yanı sıra sözleşme veya eklerinde ortak alan olarak yapılması ve teslimi taahhüt edilen alanların -örneğin spor merkezi, sığınaklar, otopark alanı- bağımsız bölüm olarak yüklenicinin kendi kısmına dâhil etmesi hali de *aliud* olarak değerlendirilmelidir. Bu hallerde gerçekten *aliud* teslimin terimsel anlamı olan başka şeyin teslimi hali vardır.

KISALTMALAR

Bkz. : Bakınız
dn. : Dipnot
E. : Esas
GSÜHFD : Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD. : Hukuk Dairesi
HMK : Hukuk Muhakemeleri Kanunu
K. : Karar
m. : Madde
RG : Resmi Gazete
s. : Sayfa
T. : Tarih
TBK : Türk Borçlar Kanunu
TMK : Türk Medeni Kanunu
vd. : Ve devamı
Y. : Yargıtay
YHGK : Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

KAYNAKÇA

ACAR Faruk, "Eser Sözleşmesine Eserin Tamamlanma Oranı ve Bu Oranın Bazı Etkileri", **Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi**, Sayı: 134, Aralık 2013, s. 1 - 24.

ACEMOĞLU Kevork, "Aliud ve Federal Mahkemenin Aliud Konusundaki Tutumu Üzerine", **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Dergisi**, Cilt: 6, Sayı: 9, Ocak 1972, s. 19 - 29.

AKINTÜRK Turgut / ATEŞ Derya, B**orçlar Hukuku Genel Hükümler - Özel Borç İlişkileri**, 29. Bası, Beta Yayıncılık, Ankara, 2020.

AKSOY DURSUN Sanem, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Eksik İş Kavramı ve Kavramın Ayıplı İşten Farkları", **Legal Hukuk Dergisi**, Mayıs 2011, s. 1845 - 1860.

ANTALYA Gökhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1,3**, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

ARAL Fahrettin / AYRANCI Hasan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 11. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.

AYAN Serkan, **İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü**, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008.

AYDEMİR Efrail, **Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku**, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.

BÖGLİ Roman, **Der Übergang von der unternehmerischen Leistungspflicht zur Mängelhaftung beim Werkvertrag - Zeitpunkt und Voraussetzungen**, Diss. Bern 1996.

BUCHER Eugen / BUZ Vedat, "Mağdur Edilen Alıcı, Türk/İsviçre Borçlar Kanununun İki Özelliğinin Eleştirisi: Muayene ve İhbar Külfeti (Art.201 OR; BK m.198), BK. 202/II (Art.205/II OR)'ye Göre Dönme Yerine Bedel İndirimine Karar Verilmesinin Masraflara İlişkin Sonuçları", **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan**, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 145 -178.

BURCUOĞLU Haluk, "Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları ve Özellikle Bu Hakların Kullanılabilmesi İçin Uyulması Gereken Süreler", **Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan**, 1. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1990, s. 283 - 332.

CANBOLAT Ferhat, **Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakların Kullanılması İçin Gerekli Şartlar**, 1. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009.

CEMAL Ahmet, "Edime Uygun İfa Kuralının Bir İstisnası Olarak İfa Uğruna Edim (Leistung Erfüllungshalber)", **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 3, Sayı: 5, s. 239-256, Haz. 2011.

ÇETİNER Bilgehan, "Gelir Paylaşımlı İnşaat Sözleşmeleri Kapsamında İnşa Edilen Bağımsız Bölümlerin Ayıplı Olmasından Doğan Sorumluluğun Koşulları", Derleyen: Emrehan İnal, **Gelir Paylaşımlı İnşaat Sözleşmesi Çalıştayı**, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.

EREN Fikret, "İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları", **BATİDER**, (İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer), Ankara, 2001. (Müteahhidin Borçları)

EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 25. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020. (Borçlar Hukuku Genel Hükümler)

EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 5. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, Eylül 2017. (Borçlar Hukuku Özel Hükümler)

ERMAN Hasan, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, 3. Bası, Der Yayınları, İstanbul, 2010.

ERTAŞ Şeref, "Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hak ve Borçların Devri", **Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsel'e Armağan**, 1. Bası, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir, 2001, s. 79-92.

GAUCH Peter, **Der Werkvertrag, Vierte Überarbeitete Und Erweiterte Auflage**, Zürich, Schulthess, 1996.

GAUCH Peter, **Der Werkvertrag, Vierte Überarbeitete Und Erweiterte Auflage**, Zürich, Schulthess, 2011.

GÖNEN Coşku, "İnşaat Sözleşmelerinin İfasında Eksik İş - Ayıplı İfa Ayrımı", **Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan**, 1. Bası, Der Yayınları, İstanbul, 2015, s. 341 - 351.

GÜLEL İlhan, "Viyana Satım Sözleşmesinin (CISG) İfa Engelleri Sistemi ve Bu Sistemde Alıcının Sahip Olduğu Haklar", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Sayı 38, 2011, s. 163 - 200.

GÜMÜŞ Mustafa Alper, "Kısmi İfa", **Prof. Dr. Fahiman TEKİL'in Anısına Armağan**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2003, s.603-631. (Kısmi İfa)

GÜMÜŞ Mustafa Alper, "Türk Borçlar Kanunu (TBK) m.100 (eBK m.84)'ün Mahsup Kuralına İlişkin Bir İnceleme, A Research Related to the Rule of Deduction according to Turkish Code of Obligations, Art.100 (Code of Obligations (repealed), Art.84)", **Journal of Yaşar University,** Yıl: 2013, Cilt: 8, Sayı: Özel, s. 1253-1292. (TBK m.100)

GÜMÜŞ Mustafa Alper, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt 2**, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012. (Borçlar Hukuku Özel Hükümler)

GÜR Mustafa, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Eksik İfa ve Ayıplı İfa Kavramları**, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.

HATEMİ Hüseyin / GÖKYAYLA Emre, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.

KARADAŞ İzzet, **Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri Kurulması Uygulanması Sona Ermesi Sona Ermesinin Sonuçları**, 6098 Sayılı (Yeni) Türk Borçlar Kanunu'na Göre Düzenlenmiş 3. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

KARAHASAN Mustafa Reşit, **İnşaat İmar İhale Hukuku, Cilt I**, 1. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1997.

KILIÇOĞLU Ahmet M. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 24. Bası, Ankara, 2020.

KIRMIZI Mustafa, **Eser Sözleşmesi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, Ankara, 2. Bası, Bilge Yayınevi, 2018.

KOLLER Alfred, "Konventionalstrafe für Bauverzögerungen (Verspätungsstrafe)" In **Bau - und Bauprozessrecht: Ausgewählte Fragen**, Herausgegeben: Alfred Koller, St. Gallen 1996, s. 1 - 67).

KOLLER Alfred, **Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI - Das Obligationenrecht, 2. Abteilung - Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 3. Teilband, 1. Unterteilband, Der Werkvertrag Art.363 - 366**, Bern, 1998. (Bern Komm Art.363 - 366)

KOLLER Alfred, **Das Nachbesserungsrecht im Werkvertrag**, 2., Überarbeitete Und Erweiterte Auflage, Zürich, Schulthess, 1995

KOSTAKOĞLU Cengiz, **İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri**, 4. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2005.

KÖKSAL Tunay, "Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinin Hazırlanması ve Uygulanması Süreci", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 109, Dönem: 2013, s. 409 - 450.

KURŞAT Zekeriya, **İnşaat Sözleşmesi**, 1. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017.

KURT Leyla Müjde, **Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü**, 1. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.

NOMER Halûk N. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 17. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020.

OĞUZMAN Kemal / ÖZ Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt I, 18. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020.

ÖZ Turgut, **İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi**, 1. Bası, Kazancı, İstanbul, 1989.

REİSOĞLU Safa, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 24. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013.

SEÇER Öz, "İnşaat Sözleşmesinde Ayıbın İş Sahibinden Kaynaklanması", **GSÜHFD**, Cilt: 19, Sayı: 1, Haziran 2020; s. 403-454. (Ayıbın İş Sahibinden Kaynaklanması)

SEÇER Öz, **Eser Sözleşmesinin İş Sahibi Tarafından Tam Tazminatla Feshi**, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020. (Tam Tazminatla Fesih)

SELİÇİ Özer, **İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu**, 1. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1978.

SEROZAN Rona, "CISG'a ve TBK'na Göre Alıcının Dönme Hakkının Sınırları", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 70, Sayı: 2, s. 207 - 220.

SÜTÇÜ Nezih, **Uygulama ve Teoride Tüm Yönleriyle Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi**, 5. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.

ŞAHİNİZ Cevdet Salih, **Eser Sözleşmelerinde Yüklenicinin Eksik İfa (Eksik İş) ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu**, 1. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.

ŞENOCAK Zarife, "Borçlar Kanunu'nun 96. vd. ve 194. vd. Maddeleri Açısından Aliud'un (Başka Şeyin) Teslimi", **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Cilt: 15, Sayı: 1, Haziran 1989, s. 113 - 135. (Aliud'un Teslimi)

ŞENOCAK Zarife, **Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı**, 1. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002. (Ayıbın Giderilmesi)

TANDOĞAN Haluk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt: 2**, 5. Bası, Vedat Kitapçılık Ankara, 2010.

TERCIER Pierre / PICHONNAZ Pascal / DEVELİOĞLU Murat, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.

TURANBOY Asuman, "Yargıtay Kararlarına Göre Müteahhidin Teslimden Sonra İnşaattaki Noksan ve Bozukluklardan Doğan Mesuliyeti", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 41, Sayı: 1, s. 151 - 189.

UÇAR Ayhan, "İstisna Sözleşmesinde Teslim Kavramı, Teslimin Usulü ve Hukuki Sonuçları", **AÜEHFD**, Yıl: 2001, Cilt: V Sayı: 1 - 4, s. 513 - 555. (Teslim)

UÇAR Ayhan, **İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu**, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003. (Ayıba Karşı Tekeffül)

UYGUR Turgut, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Cilt-II, Madde 237-649**, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.

ÜREM Müge, **Eser Sözleşmesinde Erken Dönme, Yüklenicinin İşe Zamanında Başlama ve İşi Gecikmeksizin Yürütme Borcuna Aykırılığın Sonuçları (TBK m.473/I)**, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

YAKUPPUR Sendi (D. Baruh), **Borçlar Kanunu'na Göre Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Teslim Borcu ve Teslim Borcuna Aykırılıkları**, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009.

YALMAN Süleyman, "Edime Uygun İfa Kuralının İstisnaları", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Halil CİN'e Selçuk Üniversitesinde 10. Hizmet Yılı Armağanı**, 1994, s. 495-512.

YAVUZ Cevdet, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 5. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2007.

YILMAZ Ejder, **Hukuk Sözlüğü**, 5. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996.

ZEVKLİLER Aydın / GÖKYAYLA Emre, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 17. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017.

KAZANCI İÇTİHAT BİLGİ BANKASI

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2021; 1: 1237-1275

AKILLI TELEFON TELİF SAVAŞLARI: *GOOGLE v. ORACLE* DAVASI(*)

Av. **Onur ŞAHİN**(**)

Öz: Bilgi teknolojilerinde gerçekleşen hızlı gelişmeler ışığında, akıllı telefonların önemi gittikçe artmakta ve bu durum, sert bir rekabet ortamı yaratmaktadır. Akıllı telefon işletim sistemlerine ilişkin, jüri önünde görülen ilk telif hakkı savaşı ise, *Google* ve *Oracle* arasında görülmüştür. A.B.D. Yüksek Mahkemesi, *Google v. Oracle* davasında, A.B.D. Yüksek Mahkemesi, bilgisayar programlarına sağlanan telif hakkı korumasının kapsamını belirlemeye çalışmıştır. İşlevselliği ile ön plana çıkan bilgisayar programlarının klasik eser türleri ile aynı kefeye konamayacağı ve farklı bir yaklaşım ile ele alınması gerektiği ifade edilmiştir. Telif hakları ile bilimsel ve teknik gelişmenin güvence altına alındığı, bu nedenle; işlevsel yönü ağır basan bilgisayar programlarına sağlanan telif hakkı korumasının, başka programların işlevselliğini sekteye uğratan, bilimsel ve teknik gelişmeyi engelleyen bir ölçüde olmaması gerektiği vurgulanmıştır. Farklı bilgisayar programları arasında etkileşim ve iletişimi sağlayan uygulama programlama arayüzlerinin (API), bilgisayar programlarına sağlanan telif hakkı korumasından yararlanabileceği belirtilerek Java API bildirici kodlarınıb telif hakkı altında olduğuna karar verilmiştir. Buna rağmen; araişlerliğin sağlanabilmesi amacıyla Java API bildirici kodlarının *Google* tarafından kopyalanarak Android işletim sistemine yerleştirilmesi, adi kullanım kapsamında sayılmış ve telif hakkı ihlali oluşturmadığına hükmedilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Bilgisayar Programları, Telif Hakları, Uygulama Programlama Arayüzleri (API), Araişlerlik, Bildirici Kodlar.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 01.04.2021. Makale Kabul Tarihi: 27.05.2021.

(**) İstanbul Barosu Avukatı (ORCID no: 0000-0002-4897-2744; *sahin@sarikayasahin.com*).

SMARTPHONE COPYRIGHT WAR: *GOOGLE v. ORACLE*

Abstarct: In the light of the rapid developments in information technologies, the importance of smartphones is increasing, and this creates a fierce competition environment. The first copyright war regarding smartphone operating systems was held with a jury between *Google* and *Oracle*. The Supreme Court of the United States (SCOTUS), determined the extent of copyright protection provided to computer programs and held that computer programs should be evaluated with a different approach since it differs from classical types of literary works due to its functionality. It was emphasized that the main objective of copyright is to secure scientific and technical development and therefore, copyright protection provided to computer programs should not be at a level that disrupts the functionality of other programs and hinders scientific and technical development. It has been noted that the declaring codes of Java application programming interfaces (API) that provide interaction and communication between different computer programs can benefit from the copyright protection provided to the computer programs. Nevertheless; *Google*'s copying of Java API declaring codes and placing them on Android in order to ensure interoperability was found to be within the scope of fair use and it has been ruled that it does not constitute copyright infringement.

Keywords: Computer Programs, Copyright, Application Programming Interface (API), Interoperability, Declaring Codes.

GİRİŞ

Jüri önünde yürütülen ilk akıllı telefon telif savaşı olarak adlandırılan[1], *Oracle America Inc. v. Google Inc.* davası, 5 Nisan 2021 tarihinde sona erdi. Dava, 3 farklı derece mahkemesinde, her bir derece mahkemesinde 2'şer kez görülerek, 6 yargılama aşamasından geçti ve toplamda 9 yıl gibi uzun bir zaman zarfına yayıldı. Son yargılama aşaması, tüm dünyayı olumsuz etkileyen Covid-19 salgını sebebiyle ertelense de, dava, A.B.D. Yüksek Mahkemesi huzurunda görüldü ve sonuç, tartışmalar eşliğinde *Google* lehine oldu.

Dava, özet olarak, *Sun Microsystems* şirketi tarafından geliştirilmiş ve yazılım devi *Oracle* tarafından, şirket ile birlikte satın alınmış *Java* programı kodlarının bir kısmının, *Google* tarafından kopyalanarak *Android* işletim sisteminde kullanılmasından kaynaklanmaktadır. Ülkemizde 5846 sayılı

[1] A.B.D. Bölge Mahkemesi Kararı (Kuzey Kaliforniya), *Oracle* America, Inc v *Google* Inc, No. C 10-03561 WHA, 31.05.2012, http://www.groklaw.net/pdf3/OraGoogle-1202.pdf (05.01.2021), s.1.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ile korunan bilgisayar programları[2], A.B.D. Telif Hakları Yasası[3] ile telif hakkı altında korunmakta ve korumanın kapsamına giren asli unsuru, bilgisayar programının kodları oluşturmaktadır. Bu doğrultuda; bilgisayar programlarının kodlarının kopyalanması, ülkemizde olduğu gibi, A.B.D. hukukunda da, telif hakkı ihlali teşkil etmektedir.

Genel kural, bilgisayar programı kodlarının izinsiz olarak kopyalanamayacağı olmakla birlikte; bilgisayar programlarının uygulama programlama arayüzleri (API)[4] ve bu unsurun altında yer alan bildirici kod[5] türünün telif hakkı kapsamına girip girmediği ve ayrıca kopyalanmasının telif hakkı ihlaline bir istisna oluşturup oluşturmayacağı davanın bütününde tartışılan temel husus olmuştur. Tartışmanın sebebi ise; API'lerin ve özellikle bildirici kodların işlevsel özellik göstermesi ve farklı programlar ve program unsurları arasındaki araişlerliği[6] sağlama amacına hizmet etmesidir. Telif hakları ile fikirlerin korunamayacağı ve sadece ifadeye koruma sağlandığı gerçeği karşısında işlevsel özelliklerin bir ifade biçiminden çok fikir teşkil edip etmediği sorgulanmıştır.

I. DAVANIN ÖNEMİ VE ARKA PLANI

1. Dava ve Dava Sonuçlarının Önemi

Davanın taraflarının *Google* ve *Oracle* gibi iki teknoloji devi olması, dava konusunu *Java* ve *Android* işletim sistemi gibi dünya çapında yaygın olarak kullanılan ve önemli pazar payına sahip programlar oluşturması sebebiyle dava, tüm süreç boyunca yoğun ilgi görmüştür. Görünürdeki ilgi odağını oluşturan hususların arkasında ise, sektörel olarak yol ayrımı yaratacak, bilgisayar programcılığının geleceğini ve fikri mülkiyet hukukunu yakından ilgilendiren başkaca tartışmalar bulunmaktadır. Davanın arka planında yer

---

2 FSEK md.2/1:

"İlim ve edebiyat eserleri şunlardır: 1. Herhangi bir şekilde dil ve yazı ile ifade olunan eserler ve her biçim altında ifade edilen bilgisayar programları ve bir sonraki aşamada program sonucu doğurması koşuluyla bunların hazırlık tasarımları."

3 A.B.D. Telif Hakları Yasası madde 101'de bilgisayar programı aşağıdaki şekilde tanımlanmıştır:

"A "computer program" is a set of statements or instructions to be used directly or indirectly in a computer in order to bring about a certain result."

4 *Application programming interface (API).*

5 *Declaring code.*

6 *Interoperability.*

alan esaslı nokta, işlevsel özellikleri ile ön plana çıkan bilgisayar programları üzerindeki telif haklarının kapsamının belirlenmesidir. Koruma kapsamının hassas bir değerlendirmeyle belirlenmemesi halinde, işlevsel özellikler, telif hakları ile tekel altına alınabilecek, bu nedenle yazılım alanında teknik ve bilimsel ilerleme sekteye uğrayabilecektir. Anılan bu soru işaretleri ile dava, hem hukuk camiası hem de yazılım sektörü tarafından yakından takip edilmiştir. Özellikle yazılımcılar, davanın yazılım sektörü üzerinde olumsuz etkiler doğurabileceği, arayüzlerin[7] işlevselliğinin engelleneceği, farklı programlar arasında araişlerliği[8] sağlamanın mümkün olmayacağı veya hayli zorlaşacağı yönünde büyük endişe duymuştur.

Yazılım sektöründe, tamamen işlevsel olması sebebiyle API'lerin[9], telif hakkına sahip olmadığı düşüncesi yaygın kanıyı oluşturmaktadır. Programcılar, yaygın kanıdan hareketle, farklı programlar ve program unsurları arasında araişlerliği sağlamak için API'leri kullanmakta, API kodlarını kopyalayarak diğer programlara dercetmektedir. Böylelikle programcılar, tekrar

---

[7] Arayüzler, bilgisayar programını oluşturan unsurlardan biri olarak, programın bilgisayarın donanımı, içerisinde depolanan veriler, başkaca programlar ve ayrıca kullanıcılar ile etkileşime geçmesini sağlamaktadır. Bilgisayarların içerisinde, programlar, arayüzleri vasıtasıyla farklı programlar ile haberleşmekte, kullanıcılardan komutları almakta, bu komutlara bağlanan görevleri yerine getirmek için farklı dosyalardaki verilere ulaşmakta ve komut verilen görevlerin yerine getirilebilmesi için donanım unsurlarını harekete geçirmektedir. Bu özellikler ışığında arayüzler, bilgisayar programları için farklı taraflarla köprü görevi gören işlevsellik açısından kilit konumda bir program unsurudur. Ayrıntılı bilgi için bkz. BAINBRIDGE David, **Introduction to Information Technology Law**, 6. Baskı, Harlow, 2008, s.xxii; ARIKAN Ayşe Saadet, "Bilgisayar Programlarının Korunması AB ve Türkiye", **TBBD**, C.3, 1996, 309-381, s.330; TEKİNALP Ünal Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 5. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s.119; YUSUFOĞLU Fülürya, Bilgisayar Programlarının Hukuki Koruması, (Danışman: Prof. Dr. Hamdi Yasaman), Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2002, s.44; DALYAN Şener, **Bilgisayar Programlarının Fikri Hukukta Korunması**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009, s.32; ÖZTAN Fırat, **Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2008, s.490; SULUK Cahit / KARASU Raif / NAL Temel, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 2. Baskı, Ankara, Seçkin, 2018 s.152.

[8] FSEK md.1/B-ı:

"Araişlerlik: Bilgisayar program bölümlerinin fonksiyonel olarak birlikte çalışması ve karşılıklı etkilenmesi ve alışverişi yapılan bilginin karşılıklı kullanım yeteneğini ifade eder."

[9] Arayüzlerin bir alt türü olan uygulama programlama arayüzleri (API), farklı uygulamalar ve farklı programlardaki işlevler arasındaki etkileşim ve veri alışverişini yürütmektedir. API'ler sayesinde, farklı bilgisayar programları içerisinde yer alan işlevler, bir başka program tarafından kullanılabilmektedir. Bunun için API'lere yerleştirilen komutlar, diğer programın içerisinde özel formatta yer alan komutlarla eşleşerek ilgili işlevi yerine getirebilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. SAGDEO Parth, "Application Programming Interfaces and the Standardization-Value Appropriation Problem", **Harvard Journal of Law & Technology,** C. 32, S. 1, 2018, 235-263, s.236.

tekrar aynı kodları yazma külfetinden kurtulmakta, önceden yazılmış kodları kopyalayıp diğer programa dercederek belirli komut ve işlevlerin yürütülmesini, farklı programlar arasındaki iletişim ve etkileşimi sağlamaktadır. API'lerin telif hakkı koruması altında kabul edilmesi ve kopyalanmasının yasaklanması halinde programcılar, en basit komutları dahi yeniden yazmak zorunda kalacak, bu durum hem programcılığın yavaşlamasına hem de araişlerliğin etkili bir şekilde sağlanamamasına neden olacaktır[10]. Bu nedenlerle, işlevselliği ile ön plana çıkan, araişlerliği sağlamak için kullanılan ve yazılımcılar arasında telif hakkına tabi olmadığı düşüncesiyle sıklıkla kopyalanan uygulama programlama arayüzlerinin geleceği açısından davanın sonucu merakla beklenmiştir.

Son yargılama aşaması olan Yüksek Mahkeme incelemesi öncesinde, bilgisayar programcılığına öncülük eden *Microsoft, IBM, Mozilla* gibi şirketler ile sektör uzmanları, akademisyenler ve A.B.D. resmi devlet kuruluşları başta olmak üzere, toplamda 40'ın üzerinde rapor ve görüş dosyaya sunulmuştur. Görüşlerin ağır çoğunluğu, kararda araişlerliğe ve API'lerin kullanımına öncelik verilmesi yönünde olmuş ve aksi kararın bilgisayar programcılığının gelişimini engelleyeceği vurgulanmıştır[11]. Bu doğrultudaki görüşlerin çoğunluğunda, Yüksek Mahkemenin *Google* lehine karar vermesi gerektiği belirtilmiş ve *Oracle*'ın iddiaları doğrultusunda karar verilmesi halinde, sadece bilgisayar programlarının değil topluca dijital sistemlerin olumsuz etkileneceği bir sonucun ortaya çıkacağı vurgulanmıştır. Öte yandan A.B.D. Başsavcılık Makamı ise, A.B.D. hükümeti adına sunduğu 27 Eylül 2019 tarihli görüşte, *Oracle*'ın argümanlarını desteklenmiş ve Yüksek Mahkeme-

---

[10] Araişlerlik serbestisinin iki yönü bulunmaktadır. Bunlar; bir başka program yerine kullanılabilme anlamına gelen, ikame edilebilirlik ve başka programlarla etkileşimin sağlanabilmesi anlamına gelen, bağlantı kurmadır. Bir metin yazma programında yazılan bir metnin, diğer bir metin yazma programında kullanılabilmesi halinde araişlerliğin ikame edilebilirlik yönü ortaya çıkmaktadır. Bağlantı kurmada ise, bir programın başkaca bir programa, herhangi bir engelleme, değişiklik ve müdahale olmadan etkileşim içine girerek çalışması sonucu elde edilmektedir. Örneğin Microsoft Word programı ile bir başka metin yazma programı olan Word Perfect programı ele alındığında, Word'de yazılan dosyanın Word Perfect'te açılıp değiştirilebilmesi ikame edilebirlik yönünü; her iki programın birbirini engellemeden aynı anda bağlantı kurarak çalışabilmesi ise bağlantı kurma yönünü göstermektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. BAND Jonathan Band/ KATOH Masanobu, **Interfaces on Trial Intellectual Property and Interoperability in the Global Software Industry**, Boulder, Oxford, Westview Press, 1995, s.5-6; MELENDEZ_JUARBE/ Hiram, "DRM Interoperability", **Boston University Journal of Science & Technology Law**, C.15, S. 2, 2009, 181-219, s.188.

[11] A.B.D. Yüksek Mahkeme dosya kayıtları, No: 18-956, https://www.supremecourt.gov/docket/docketfiles/html/public/18-956.html, (17.04.2021).

nin *Google*'ın değerlendirme talebini reddedilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Tüm bu görüşler üzerine, A.B.D. Yüksek Mahkemesi, *Google*'ın başvurusunu incelemeye almayı kabul etmiş ve Yerel Mahkeme ile Temyiz Mahkemesi tarafından verilen kararları değerlendirmeye almıştır[12].

2. *Java* Platformu

1996 yılında, *Sun Microsystems* adlı şirket tarafından bilgisayar programcılarının kod yazmalarına imkân tanıyan bir platform olan *Java* piyasaya sunulmuştur. *Java* platformu, programcılara farklı donanımlar için farklı kodlar yazma külfetinden kurtararak aynı kodları farklı donanımlar üzerinde çalıştırma imkânı tanımıştır. Hatta bu özellik, *"bir kere kodla ve her platformda çalıştır"* sloganıyla tanıtılmış ve daha çok programcının *Java* platformunu kullanması sağlanmıştır[13].

Bilgisayar sistemlerinden beklenen faydanın sağlanabilmesi için sistem içerisinde yer alan tüm donanım, yazılım ve verilerin bir bütün halinde işlemesi ve bu unsurlar arasında etkileşim ve iletişimin yürütülmesi gerekmektedir. Bu etkileşim ve iletişimi sağlamaya yarayan ise, İngilizce kısaltılması API olan kod birimidir. *Java* platformu, bir bilgisayar programı olmakla birlikte, nihai kullanıcılara yönelik olmayan ve doğrudan bilgisayar programcılarını hedefleyen bir ara katman yazılımıdır[14]. Birçok programcının *Java* platformu üzerinde kod yazması sonucunda, programcılar, *Java*'nın programlama diline alışkın hale gelmiş ve kullanılan komutlar programcılar arasında yaygınlaşmıştır. *Java* programlama dilinde, önceden hazırlanmış program komutları ve bu komutlardan oluşanlar setler, *Java*'nın uygulama programlama arayüzünü oluşturmaktadır[15]. *Sun Microsystems* şirketi, API'leri hazır komutlar halinde, başka programcılar tarafından kullanılabilmesi için geliştirmiş ve anılan komutlar, API paketleri içerisinde bir düzen oluşturacak şekilde organize edil-

---

12 *Ibid*.

13 *Oracle*, The *Java* Tutorials, ***Java*** **Documentation**, https://docs.Oracle.com/Javase/tutorial/getStarted/intro/changemylife.html, (17.02.2021).

14 *Middleware software.*

Ara yazılım katmanı terimi ile işletim sistemi yazılımı ile uygulama programları arasında bulunan yazılım katmanı ifade edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. KRAKOWIAK Sacha, "What is Middleware?", **ObjectWeb**, 2003, http://www.dicionariodeinformatica.dobr.com.br/what_is_middleware.html, (17.04.2021).

15 A.B.D. Bölge Mahkemesi Kararı (Kuzey Kaliforniya), *Oracle* America, Inc v *Google* Inc, No. C 10-03561 WHA, 31.05.2012, http://www.groklaw.net/pdf3/OraGoogle-1202.pdf (17.04.2021), s.1, 6.

miştir. Bilindiği üzere; bilgisayar programları birçok farklı işlem ve komutu yürütebilmektedir ancak bu işlem ve komutlar da, kendi içerisinde bir organizasyona gerek duymaktadır. Bu düzen, *Java* programı içerisinde metod-sınıf-paket[16] üçlemesi şeklinde gerçekleştirilmiştir. *Java* programının düzeni içerisinde gerçekleştirilecek her bir görev, metod; birbirine benzer metodların bir arada toplanmasıyla oluşan grup, sınıf ve benzer sınıfların tek şemsiye altında oluşturduğu topluluk ise, paket olarak adlandırılmaktadır[17].

Java API'leri içerisinde, uygulayıcı kod ve bildirici kod adı altında iki farklı tür bulunmaktadır. Uygulayıcı kodlar, yapılacak her bir görevi ve elde edilecek sonucu belirleyen türdür. Sayısal olarak binlerce farklı görevi yerine getiren, yani binlerce farklı uygulayıcı koda sahip bilgisayar programlarında bu kodların bir düzene konulması, yerlerinin işaretlenmesi ve belirli komutlar geldiğinde, işaretlenen uygulayıcı kodların seçilerek tetiklenmesi gerekmektedir. Bu işlev ise, API'lerin içerisinde yer verilen bildirici kodlar tarafından yürütülmektedir. Bir bilgisayar programcısı, önceden belirlenmiş ve kısayol görevi gören komutlarla API'ler içerisinde yer alan bildirici kodları işletebilmekte ve bildirici kodlar, sınıflandırma içerisinde, uygulayıcı kodların yerini tespit ederek çalışmaları için onları tetikleyebilmektedir[18].

Yüksek Mahkeme, özellikle *Java* API'lerinin iki fonksiyonu üzerinde durmuştur[19]. İlk fonksiyon, yukarıda da belirttiğimiz üzere, API'lerin bir kısayol teşkil etmesi ve programcıların sadece kısayolu öğrenerek belirli bir görevin yerine getirilmesini rahatlıkla sağlayabilmesidir. Böylelikle programcı, tüm süreci öğrenmek yerine, sadece kısayolun hangisi olduğunu öğrenerek belirli işlemleri yürütebilmektedir. Yüksek Mahkeme, bu fonksiyonu arabalarda bulunan gaz pedalına benzetmiştir; sürücüler, sadece gaz pedalının yerini öğrenerek aracın ilerlemesini sağlayabilmekte, arabanın çalışma sürecini tek tek öğrenerek, her bir ara birime komut vermek zorunda kalmamaktadır[20]. Diğer fonksiyon ise, kodların kendi içerisinde düzenlenmesinin ve gruplandırılmasının sağlanmasıdır[21]. Yüksek Mahkeme, anılan bu ikinci fonksiyonu, farklı çekmeceler

---

16 Metod-class-package.

17 A.B.D. Yüksek Mahkemesi Kararı, *Google, Inc. v. Oracle America, Inc*., Certiorari to the United States Court of Appeals for the Federal Circuit, No: 18-956, 05.04.2021, https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/18-956_d18f.pdf (17.04.2021), s.4.

18 *Ibid*, s.5.

19 *Ibid.*

20 *Ibid,* s.6.

21 *Ibid*.

içerisinde, farklı yemek tariflerinin bulunduğu bir dosya dolabına benzeterek açıklamıştır[22]. Örnekte yer alan bu dolap, bilgisayar programı içerisindeki düzeni sembolize etmektedir. Dolap, birçok farklı tarifi, farklı çekmecelerde ve sıra ile konumlayarak tariflerin birbirine karışmamasını, belirli bir sistem içerisinde muhafaza edilmesini sağlamaktadır. Bununla birlikte, bu dolap içerisinde yer alan tariflerin sadece muhafaza edilmesi yeterli değildir; istenildiği zaman, istenilen tarifin yerini bularak tarifin yemek hazırlanması için aşçıya teslim edilmesi gerekmektedir. Örnekte yer alan robot ise, kendisine komut verildiğinde, otomatik olarak, daha önce öğrenmiş olduğu düzen içerisinde yer alan ilgili tarifi bulup mutfağa götürebilmektedir. Robotun yemek tariflerinin içeriğinin oluşturulmasına herhangi bir katkısı yoktur, ayrıca tariflerin içeriğini öğrenmesine de gerek yoktur. Robot, sadece tariflerin, dolap içindeki düzen ve sıralamasını öğrenmiş ve komut üzerine tarifi işaretleyip mutfağa iletmektedir. Bu örnekte yemek tarifleri, özgün olarak yazılan uygulayıcı kodların, otomatik robot ise düzeni sağlayan ve uygulayıcı kodları konumlayan bildirici kodların yerine kullanılmıştır. Bilgisayar programlarına verilen komut üzerine, örnekteki robota karşılık gelen bildirici kodlar, özgün yazılmış uygulayıcı kodların yerini bularak tetiklenmesini sağlamakta; sonuç olarak ise, uygulayıcı kodlar içerisinde yer alan özgün komut ve talimatlar işlev göstermektedir[23].

3. *Android* İşletim Sistemi

Microsoft ve *Samsung* gibi başı çeken firmalar ile *Blackberry* gibi yaygınlaşan firmalar, 2000'lerin başında, mobil cihaz ve telefon pazarını domine etmekteydi. 2007 yılına gelindiğinde ise Apple, kendi donanımını ve yazılımını bir arada üreterek *iOS* işletim sistemli *iPhone* telefonunu piyasaya sürmüştü. Tüm bu gelişme ve rekabet içerisinde, reklam gelirleri üzerinden gelir elde etme modeline sahip olan *Google*, mobil cihaz pazarına girmeden ticari modelini sürdüremeyeceğinin farkına vardı[24]. Bu doğrultuda pazarda kendisine yer bulmak için farklı alternatifleri değerlendiren *Google,* kendi donanımını, yani telefon ve mobil cihazları üretme konusunda bir birikime sahip olmamanın ve pazarda yerleşik şirketlerin bulunmasının dezavantajını yaşamaktaydı[25].

---

22 *Ibid*, s.6-7.

23 *Ibid*, s.7.

24 *Google*, Annual Report 2005, http://www.annualreports.com/HostedData/AnnualReport Archive/g/NASDAQ_GOOG_2005.pdf, (17.04.2021), s.32.

25 *Google*, Annual Report 2007, http://www.annualreports.com/HostedData/AnnualReportArchive /g/NASDAQ_GOOG_2007.pdf, (17.04.2021), s.v.

2005 yılında, yeni kurulmuş bir şirket olan *Android Inc.*'i satın alan *Google*, mobil cihazlar için donanım üretenleri ve program geliştirenleri bir araya getireceği bir açık kaynak platformu kurmuştur[26]. Açık kaynak platformunda tüm paydaşlar, ihtiyaçlarına göre işletim sistemini özelleştirebilmekte ve tüm katılımcıların katkılarıyla işletim sistemini birbiriyle uyumlu bir hale getirebilmekteydi. 2007 yılında, *Android* işletim sistemi yazılım geliştirme çalışmaları tamamlanmış ve 2008 yılında, *Android* işletim sistemini kullanan mobil telefonlar piyasaya çıkmıştır[27]. *Google*, reklam gelirlerini güvenceye alabilmek için kendi ekosistemini oluşturma yönünde adımlar atarak işletim sistemini donanım üreticilerine ücretsiz olarak sunmuştur. Bunun sebebi ise, daha fazla telefonda *Android* işletim sisteminin kullanılması ve böylelikle daha çok kullanıcıya ulaşarak daha çok reklam gösterebilmesidir[28]. Zaman içinde *Google*, mobil cihaz üretenlere, *Android* işletim sistemini ücretsiz olarak cihazlara yükleme imkânı tanırken, bunun karşılığında, üreticilerden cihazların fabrika sürümlerinde, *Google* arama motoru*, Gmail, Google Maps* gibi *Google* servislerinin yüklenmiş halde bulunmasını zorunlu tutmuştur. Anılan bu ticari model, son dönemde *Google*'ın hakim durumunu kötüye kullanması gerekçesiyle hem Avrupa Birliği'nde[29] hem de Türkiye'de rekabet soruşturmaları geçirmesine ve ciddi yaptırımlarla karşı karşıya kalmasına sebep olmuştur[30]. Buna rağmen; *Google*'ın bu model ile büyük ticari başarıya ulaştığı, 2019'un son çeyreğinde, *Android* işletim sis-

---

[26] Open Handset Alliance, "Overview", https://www.openhandsetalliance.com/oha_overview.html, (17.04.2021).

[27] BAND Jonathan, "Interfaces on Trial 3.0: *Oracle* America v. *Google* and Beyond", **Policybandwith**, Ocak 2019, https://docs.Google.com/a/policybandwidth.com/viewer?a=v&pid=sites&srcid=cG9saWN5YmFuZHdpZHRoLmNvbXxwb2xpY3liYW5kd2lkdGh8Z3g6NDhjMTIxODliMDA2NjUzNQ, (17.04.2021), s.17.

[28] A.B.D. Bölge Mahkemesi Kararı (Kuzey Kaliforniya), *Oracle America, Inc v Google Inc*, No. C 10-03561 WHA, 31.05.2012, http://www.groklaw.net/pdf3/OraGoogle-1202.pdf (17.04.2021), s.6.

[29] AB Komisyonu, *Google*'ın ticari model ve eylemini rekabet hukukuna aykırı bulmuş ve *Google*'a yaklaşık 4,3 milyon Euro ceza kesmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. AB Komisyonu Rekabet Kurulu, Case AT.40099, *Google* Android, 18.07.2018, https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40099/40099_9993_3.pdf, (17.04.2021), s.324 vd.

[30] Türkiye'de, *Google*'ın Android işletim sistemini önce donanım üretenlere ücretsiz sunarak pazarda hakim duruma ulaştığı, daha sonra ise kendi servislerini yükleme zorunluluğu getirerek rekabeti ihlal ettiğine karar verilmiştir. Rekabet Kurumu, *Google*'ın eylemlerini 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun madde 6'ya aykırı olduğu sonucuna varmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Rekabet Kurumu Kararı, Dosya Sayısı: 2015-2-36 (Soruşturma), Karar Sayısı: 18-33/555-273, Karar Tarihi: 19.09.2018, https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=7d9ba7e3-2b8f-4438-87a5-26609eab5443, (17.04.2021).

temi içerisinde 2.750.000 uygulama barındırıyor olmasından rahatlıkla görülebilmektedir[31].

Bilgisayar programcılarının *Java* diline ve komutlarına aşina olması sebebiyle *Google*, *Android* işletim sisteminde, *Java* programının kodlarını kullanmak istemiş ve lisans alabilmek için programın geliştiricisi *Sun Microsystems* ile müzakere etmiştir. Uzun süre devam eden müzakerelerin ardından, lisans görüşmeleri olumsuz sonuçlanmıştır[32]. *Java* lisansının alınamaması üzerine *Google*, *Java* API'lerinde yer alan uygulayıcı kodları yeniden yazmış ancak hem programcıların aşina olması hem de teknik standart haline gelen işlevsel özellikleri sebebiyle *Java* API'lerinde bulunan 166 adet kod paketinden 37'sini kopyalamıştır. 37 adet kod paketi, toplam 11.500 satır uzunluğunda olup zihinde canlandırılabilmesi için kâğıt üzerinde gösterilmesi halinde, 600 sayfa yer tutmaktadır. Bununla birlikte; kopyalanan miktar, *Android* işletim sisteminin sadece %3'üne tekabül etmektedir[33]. Buradan hareketle; kopyalanan miktarın az olmadığına ancak *Android* işletim sisteminin çok küçük bir kısmını oluşturduğuna dikkat çekmek gerekmektedir.

Oracle, 2010 yılında, *Java* platformunun geliştiricisi olan *Sun Microsystems* adlı şirketi satın alması ve bununla birlikte, mobil cihaz pazarında başarı yakalayamadığı gibi, zaman geçtikçe kan kaybetmesi üzerine, *Java* üzerindeki patent ve telif haklarının *Google* tarafından ihlal edildiğini belirterek konuyu yargıya taşımıştır[34].

---

31 Ayrıntılı bilgi için bkz. CLEMENT Jessica, "Number of Apps Available in Leading App Stores as of 4th Quarter 2019", **Statista,** 15.01.2020, https://www.statista.com/statistics/276623/number-of-apps-available-in-leading-app-stores/, (17.04.2021).

32 A.B.D. Bölge Mahkemesi Kararı (Kuzey Kaliforniya), *Oracle* America, Inc v *Google* Inc, No. C 10-03561 WHA, 31.05.2012, http://www.groklaw.net/pdf3/OraGoogle-1202.pdf (17.04.2021), s.5-7.

33 *Google* Inc. Başvuru Dilekçesi, Brief in Opposition to the Supreme Court of the United States, *Google Inc. v Oracle America Inc*., No: 14-410, https://www.scribd.com/document /249587513/Oracle-Supreme-Court-brief (17.04.2021), s.i.

34 A.B.D. Bölge Mahkemesi Kararı (Kuzey Kaliforniya), *Oracle America, Inc v Google Inc*, No. C 10-03561 WHA, 31.05.2012, http://www.groklaw.net/pdf3/OraGoogle-1202.pdf (17.04.2021), s.1, 6.

II. YARGILAMA AŞAMALARI

1. 2012 - İlk Derece Mahkemesinin İlk Kararı

Jüri önünde görülen ilk akıllı telefon savaşı olan *Oracle v. Google* davası, teknik açıdan bir hayli detaylıyken jürinin yargılamaya dâhil olması, davayı daha da zorlu hale getirmiştir. Usul hukuku açısından, yargılamada maddi vakıalara ilişkin kararın verilmesi, jürinin görev alanına dâhil iken; hukuki niteleme ve değerlendirme hâkimin görev alanındadır. Bu noktada, maddi bir vakıanın gerçekleşip gerçekleşmediği veya ne yönde gerçekleştiği yönünde kararın, jüri tarafından verilmesi gerekmektedir. Jürinin bu kararı verebilmesi için birçok teknik hususu öğrenmesi, teknik delilleri incelemesi ve uzman tanıkları dinlemesi gerekmiştir.

Kuzey Kaliforniya Bölge Mahkemesi, *Oracle*'ın açmış olduğu davayı, üç aşamaya ayırmış; ilk jüri oturumunu telif hakkı ihlaline, ikinci oturumu patent hakkı ihlaline, üçüncü oturumu ise, herhangi bir ihlal tespit edilirse tazminatın hesaplanmasına özgülemiştir. İlk aşamada, *Google*'ın tüm *Java* platformunu kopyalamadığı ancak *Java* platformunda yer alan 37 kod paketinin kopyalandığı üzerinde hemfikir olunmuştur. *Oracle*'ın iddiası, *Java* platformunun ilgili kısımlarının *yapısı, sıralaması ve düzeninin*[35] de, *Google* tarafından kopyalandığı yönündedir. Bu iddiaya ilişkin hâkim, jüriye, A.B.D. içtihat hukuku hakkında bilgi vermiş ve bilgisayar programlarının yapı, sıralama ve organizasyonuna telif hakkı tanınabildiğini belirtmiştir[36].

İlk aşama açısından Yerel Mahkeme, kopyalanan kısım ve kodların işlevsel özellik gösterdiğine, aynı işlev ve sonuçların elde edilebilmesi için kopyalamanın gerekli olduğuna kanaat getirmiştir. *Java* platformundaki başlık dosyalarının adlandırmalarının, *Google* tarafından aynen kullanılmasının bir zorunluluk olmadığı, *Google*'ın tercihlerini başka yönde kullanmasının mümkün olduğu ancak bu adlandırmaların işlevsel olduğu, sadece ad koyma amacıyla yapılmadığı, artistik veya edebi nitelik taşımadığı belirtilmiştir. Tam tersi olarak; aynı adlandırmanın kullanılmasının, belirli komutların yerine getirebilmesi amacını taşıdığı ve bu nedenle işlevselliğin ön plana çıktığı vurgulanmıştır. İşlevselliğin ön plana çıkması sonucunda; kop-

---

35 *Structure - sequence - organization (SSO).*

36 A.B.D. Bölge Mahkemesi Kararı (Kuzey Kaliforniya), *Oracle America, Inc v Google Inc*, No. C 10-03561 WHA, 31.05.2012, http://www.groklaw.net/pdf3/OraGoogle-1202.pdf (17.04.2021), s. 3-4.

yalamanın araişlerlik sağlama yolunda bir gereklilik olduğuna hükmedilmiştir[37].

Yerel Mahkeme, ikinci aşamada, patent ihlali iddialarının yerinde olmadığına hükmetmiştir. Tüm yargılamanın sonucunda; kopyalamanın telif hakkı ihlali açısından işlevsellik ve araişlerlik sağlamanın bir gereği olduğunu gerekçe göstermiştir. Yerel Mahkemenin verdiği kararın en çarpıcı yanı ise, *Google* tarafından kopyalanan 37 *Java* paketinin, işlevsellik niteliğinin ön planda olması nedeniyle telif hakkı korumasına dâhil olmadığı sonucuna varılmasıdır[38].

2. 2014 - Temyiz Mahkemesinin İlk Kararı

İlk derece mahkemesinde verilen davanın reddine ilişkin karar, temyiz aşamasında, A.B.D. Temyiz Mahkemesi Federal Daire tarafından incelenmiştir[39]. Temyiz Mahkemesi, 2014 yılında, Yerel Mahkemenin kararını yerinde bulmayarak reddetmiştir. Kararda, kopyalanan *Java* API kodlarının telif hakkı koruması altında olmadığı yönündeki değerlendirmenin doğru olmadığı belirtilmiştir. Ayrıca, A.B.D. hukukunda yer alan adil kullanım[40], birleşme[41] ve *scène à faire*[42] doktrinlerinin, Yerel Mahkeme tarafından uygulanması hatalı bulunmuş ve sayılan doktrinlerin ancak telif hakkının mevcudiyeti halinde, ihlale yönelik savunmalar olarak değerlendirilebileceğini vurgulamıştır. Temyiz Mahkemesi, ilk derece mahkemesinin, kopyalanan *Java* API kısımlarının telif hakkı koruması altında olmaması yönünde hüküm kurmasına rağmen, telif hakkı ihlaline istisna oluşturacak savunma argümanlarına dayanmasının mümkün olmadığını ifade etmiştir[43].

---

37 *Ibid*.

38 Kararda cüz'i olarak telif hakkı ihlali bulunduğu saptanmış ancak bu ihlalin tazminat sorumluluğu doğurmayacak derecede sınırlı olduğu yönünde değerlendirmede bulunulmuştur.

39 A.B.D. Temyiz Mahkemesinde daireler arasında işbölümü dolayısıyla, içtihatların farklı yönlerde oluştuğu ve dairelerin yaklaşımlarının birbirinden farklılaştığı görülebilmektedir. *Oracle'in patent ihlali iddiaları sebebiyle dava,* Federal Daire tarafından ele alınmış, patent ihlali iddialarının bulunmaması durumunda, dava, 9. Daire tarafından ele alınıp sonuca bağlanacaktı.

40 *Fair use doctrine*.

41 *Merger doctrine*.

42 *Scènes à faire* terimi, Fransızca olup Türkçeye tercümesi, "gerçekleşmesi gereken sahneler, olaylar" olarak yapılabilecektir.

43 A.B.D. Temyiz Mahkemesi Federal Daire Kararı, *Oracle America, Inc v Google Inc*, 2013-1021, -1022, 09.05.2014, https://cases.justia.com/federal/appellate-courts/cafc/13-1021/13-1021-2014-05-09.pdf?ts=1411173375 (17.04.2021); s.24-25.

Temyiz Mahkemesinin inceleme ve değerlendirmesi üç başlık altında toplanmıştır. Bunlar; (i) bildirici kodların telif hakkı kapsamında olup olmadığı, (ii) *Java* API'lerinin yapı, sıralama ve organizasyonunun eser sayılıp sayılmayacağı ve (iii) *Google*'ın kullanımının araişlerlik gereği olup olmadığıdır[44].

Temyiz Mahkemesi kararında, yerel mahkeme tarafından yanlış uygulandığı vurgulanan birleşme doktrinini, bir eserde telif koruması kapsamında olmayan fikir ile telif koruması kapsamında olan ifadenin iç içe geçmesi, fikir ve ifadenin birbirinden ayrılamaması ve aynı fikrin başka şekilde ifade edilememesi olarak açıklayabiliriz.[45] Aynı fikir, farklı şekillerde ifade imkânına sahip değil ise, birleşme doktrini uygulanacak ve fikirlerin tekel altına alınmasına yol açmamak için ilgili ifade, telif hakkı kapsamına sokulamayacaktır[46]. Temyiz Mahkemesi, davaya birleşme doktrininin uygulanamayacağını, kopyalanan kod kısımlarının teknik olarak yeniden *Google* tarafından yazılabileceğini, bu nedenle birleşen bir fikir ve ifadenin bulunmadığını belirtmiştir.

Temyiz Mahkemesi kararında değinilen *scènes à faire* doktrini, A.B.D.'de yasalarla düzenlenmemiş olup içtihat hukuku içinde ortaya çıkmıştır. Bu doktrin ile işin doğasından kaynaklanan öğelerin kullanılması ve kopyalanmasının telif hakkı ihlaline yol açmayacağı ifade edilmektedir. Bir roman ve film arasında görülen telif hakkı davasında, film içindeki kilise sahnesinde, piyano çalınması, dua ve ayine yer verilmesi öğelerinin bulunan yerin doğasından kaynaklandığına ve bu öğelerin telif koruması kapsamına girmeyeceğine, benzer öğeleri barındıran eserlerin telif hakkı ihlaline yol

---

44 KILLIAN Robert, "Crossed Signals: Using *Oracle* America, Inc. v. *Google* Inc. to Untangle the Analysis of Software Copyright Protection", **Business and Bankruptcy Law Journal**, C.2, S.2, 2015, 279-310, s.298.

45 MYLLY Ulla-Maija, "Harmonizing Copyright Rules for Computer Program Interface Protection", **University of Louisville Law Review**, C.48, 2010, 877-909, s.907; WERBIN Barry, "*Oracle* v. *Google*: *JAVA* API Copyrightability Put to the Test in Smartphone Technology Battle", **Landslide**, C.5, S.2, 2012, 13-23, s.18; HOLTON Nicholas A., "*Google*, Inc. v. *Oracle* America, Inc.: Supreme Court Declines to Review Reversal of Landmark API Copyright Decision", **Loyola Law Review,** C.62, S.1, 2016, 189-235, s.211.

46 MURRAY Michael D., "Copyright, Originality, and the End of the Scenes a Faire and Merger Doctrines for Visual Works", **Illinois Public Law and Legal Theory Research Papers Series,** Research Paper No. 06-09, 24.05.2006, 1-122, s.15 vd; SAMUELSON Pamela, "Reconceptualizing Copyright's Merger Doctrine" (Merger Doctrine), **Journal of Copyright Society of the USA**, S.63, 2016, s.419 vd; CLAYTON Lewis R., "The Merger Doctrine", The National Law Journal, 06.06.2005, https://www.paulweiss.com/media/1851041/mergerdoct.pdf (17.04.2021).

açmayacağına hükmedilmiştir[47]. Temyiz Mahkemesi, *Oracle* v. *Google* davasında, *scènes à faire* doktrinini uygulamak için yeterli delil ve dış etkenin bulunmadığını belirtmiş, *Java* API paketlerinin kopyalanmasının işin doğası gereği olmadığı kanaatine varmıştır[48].

A.B.D. hukukunda araişlerlik kavramı, DMCA ile düzenlenmiş olup düzenlemenin kapsamı, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 38'de düzenlenenden farklı ve daha dar kapsamlıdır[49]. DMCA düzenlemesine ek olarak; A.B.D. Telif Hakları Yasası madde 107'de, içtihat hukukuna esneklik tanıyan adil kullanım serbestisi düzenlenmiştir[50]. A.B.D. Telif Hakları Yasasında yer alan bu düzenleme ile telif haklarına yönelik bir sınırlama getirilmiştir. Adil kullanım serbestisi, belirli hallerle veya eser türleri ile sınırlı olmayıp tüm telif hakkı ihlallerinde mahkemeler tarafından başvuru-

---

47 A.B.D. Bölge Mahkemesi (Güney Kaliforniya), *Cain v. Universal Pictures Co., 47 F. Supp*. 1013 (S.D. Cal. 1942), 14.12.1942, https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/47/1013/1799587/ (17.04.2021).

48 A.B.D. Temyiz Mahkemesi Federal Daire Kararı, *Oracle* America, Inc v *Google* Inc, 2013-1021, -1022, 09.05.2014, https://cases.justia.com/federal/appellate-courts/cafc/13-1021/13-1021-2014-05-09.pdf?ts=1411173375 (17.04.2021); s.35-37.

49 FSEK md.38/5-6:

"Bağımsız yaratılmış bir bilgisayar programı ile diğer programların araişlerliğini gerçekleştirmek üzere gerekli bilgileri elde etmek için, bilgisayar programının çoğaltılması ve işlenmesi anlamında kodun çoğaltılmasının ve kod formunun çevirisinin de zorunlu olduğu durumlarda, bu fiillerin ifası aşağıdaki şartların karşılanması halinde serbesttir:

1. Bu fiillerin, ruhsat sahibi veya bir bilgisayar programının kopyasını kullanma hakkı sahibi diğer bir kişi tarafından veya onların adına bunu yapmaya yetkili kişi tarafından ifa edilmesi,

2. Araişlerliği gerçekleştirmek için gerekli bilginin, (1) numaralı bentte belirtilen kişilerin kullanımlarına sunulmaması,

3. Bu fiillerin, araişlerliği gerçekleştirmek için gereken program parçaları ile sınırlı olması."

50 A.B.D. Telif Hakları Yasası md.107:

§107 · Limitations on exclusive rights: Fair use

"Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106A, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include-

(1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;

(2) the nature of the copyrighted work;

(3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and

(4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work."

labilecek bir istisna halidir. Geniş düzenleme sayesinde, araişlerlik amaçlı kullanımlar da, adil kullanım serbestisi altında değerlendirilebilmektedir. Temyiz Mahkemesi, *Google*'ın araişlerlik savunmasının *Java* API'lerinin telif hakkı kapsamı içinde değerlendirilmesini engellemediğini, sadece telif hakkı ihlali istisnasından yararlanabileceğini, bu nedenle yerel mahkemenin araişlerlik ve adil kullanım savunmasını yeniden ele alarak değerlendirmesi için kararı bozarak dosyayı Yerel Mahkemeye geri göndermiştir[51].

3. 2015 - Yüksek Mahkemenin İlk Kararı

Temyiz Mahkemesi kararının aleyhine olması sebebiyle *Google*, davayı, en üst dereceli karar mercii olan, ülkemizde Yargıtay'a karşılık gelebilecek olan A.B.D. Yüksek Mahkemesine[52] taşımıştır. *Google* şirketi, Temyiz Mahkemesi kararının hatalı olduğunu, API'lere telif hakkı sağlanamayacağını öne sürmüştür. Yüksek Mahkeme, öncelikli olarak davaya ilişkin görüşleri toplamış ve ayrıca verdiği ara karar ile A.B.D. Başsavcılık Makamının[53] görüşlerini istemiştir[54].

Görüş raporunda, A.B.D. Başsavcılık Makamı, uygulayıcı kod ve bildirici kodların arasında bir ayrım yapmanın hukuka uygun olmadığını, bildirici kodların telif hakkı korumasından yararlanması gerektiğini ve savunma olarak ileri sürülen hususların adil kullanım serbestisi altında ele alınıp bu değerlendirme sonrası hüküm kurulmasını savunmuştur[55]. Raporda, sonuç itibariyle Temyiz Mahkemesi kararının isabetli olduğu ve Yüksek Mahkemenin itirazı reddetmesi gerektiği ifade edilmektedir. Başsavcılık görüşü

---

51 A.B.D. Temyiz Mahkemesi Federal Daire Kararı, *Oracle America, Inc v Google Inc*, 2013-1021, -1022, 09.05.2014, https://cases.justia.com/federal/appellate-courts/cafc/13-1021/13-1021-2014-05-09.pdf?ts=1411173375 (17.04.2021); s.50, 52, 61, 62.

52 *Supreme Court of the United States (SCOTUS).*

53 *Solicitor General.*

54 A.B.D. Başsavcılık Makamı, sadece ceza hukukunda değil aynı zamanda özel hukuk alanında faaliyet göstermektedir. Bu özelliğiyle Türk hukuk sisteminde yer alan başsavcılık makamlarından farklılık göstermektedir. A.B.D. başkanının kararı ve senato onayı sonucunda adli süreçlerde faaliyet göstermekte ve devlet görüşlerini Yüksek Mahkemeye sunarak hukukun gelişimini takip etmektedir.

Bkz. 28 U.S. Code § 505.Solicitor General: "*The President shall appoint in the Department of Justice, by and with the advice and consent of the Senate, a Solicitor General, learned in the law, to assist the Attorney General in the performance of his duties*.").

55 A.B.D. Başsavcılık görüşü, Solicitor General of the United States, Brief for the United States as Amicus Curiae, *Google Inc. v Oracle America Inc*., No: 14-410, https://www.justice.gov/sites/default/files/osg/briefs/2015/06/01/14-410_Google_v_Oracle_us_cvsg_brief.pdf, (17.04.2021), s.10.

doğrultusunda Yüksek Mahkeme, dosyayı incelemeye almadan *Google*'ın başvurusunu reddetmiş ve Temyiz Mahkemesi kararı doğrultusunda yargılama yapmak için dosyayı Yerel Mahkemeye çevirmiştir[56].

4. 2016 - İlk Derece Mahkemesinin İkinci Kararı

Temyiz Mahkemesi ve Yüksek Mahkeme kararları üzerine yeniden yargılama yapan Yerel Mahkeme, *Java* API'lerinin telif hakkı kapsamında olduğunu kabul ederek *Google*'ın kullanımının, adil kullanım serbestisi sınırları içerisinde kalıp kalmadığını değerlendirmeye almıştır. Adil kullanımın hem fiili vakıalara hem de hukuki nitelemelere ilişkin karar gerektirmesi sebebiyle yerel mahkeme, vakıalara ilişkin kararları jüriye ve hukuki konularda değerlendirme ve kararları ise hâkime bırakmıştır[57].

Yerel Mahkeme, teknik olarak kullanımı zorunlu olduğu tespit edilen 62 sınıf dışında kalan kod sınıfları ve paketlerine ilişkin *Google*'ın kopyalamasının adil kullanım serbestisi sınırında kalıp kalmadığı hususuna ağırlık vermiştir[58]. Tespit edilen 62 alt sınıf haricinde, kopyalanan 37 paketin *Google* tarafından yeni bir düzen içerisinde yazılabileceği ve aynı komutlara işlerlik sağlayabileceği teknik olarak saptanmıştır. Bununla birlikte; yeni bir kod düzeninin oluşturulması halinde jüri, programcıların tüm bilgi birikimlerinin kullanılamaz hale geleceğine ve programcıların yeniden ve zaman içinde, bilgi birikimi edinmesine gerek olacağına ve bu durumun ise teknik anlamda karışıklık ve uyumsuzluk doğuracağına kanaat getirmiştir[59].

Google'ın kullanımının adil kullanım oluşturup oluşturmadığına geçmeden önce, A.B.D. Telif Hakları Yasası madde 107'de yer verilen ve adil kullanımın tespiti için kullanılan 4 kıstası aktarmamız gerekmektedir. Kanun maddesinde yer alan bu 4 kıstas, her durumda bulunması gereken zorunlu şartlar olmayıp sadece mahkemelere değerlendirme yapabilmeleri ve kanat getirebilmeleri için sağlanmıştır. Anılan bu 4 kıstas, adil kullanımın genel sınırlarını çizmeye yaramaktadır. Dolayısıyla adil kullanım tespiti yapılabilmesi için tüm kıstasların bir arada bulunmasına ilişkin bir zorunluluk bu-

---

[56] A.B.D. Yüksek Mahkemesi Kararı, *Google, Inc. v. Oracle America, Inc*., No: 14-410, 29.05.2015, https://www.supremecourt.gov/orders/courtorders/062915zor_4g25.pdf (17.04.2021), s.11.

[57] A.B.D. Bölge Mahkemesi Kararı (Güney Kaliforniya), *Oracle America, Inc v Google Inc*, C 10-03561 WHA, 08.06.2016 https://www.eff.org/files/2016/06/16/order_denying_rule_50_motion.pdf (17.04.2021); s.1-2.

[58] *Ibid*, s.8-9.

[59] *Ibid*, s.9.

lunmamaktadır[60]. Mahkemeler, yargılama esnasında kıstasları göz önüne alarak kullanımın adil kullanım yönünde ağır basıp basmadığı yönünde karara varmaya çalışmaktadır.

Adil kullanım için ilk kıstas, telif hakkı ihlali oluşturduğu öne sürülen kullanımın amaç ve niteliğinin göz önüne alınmasıdır. Bu noktada; kullanım amacının ticari mi, yoksa kâr amacı gütmeyen başkaca amaçlar mı olduğuna dikkat edilmektedir. Ticari işletmeler tarafından kâr amacı güden kullanımlar ticari olarak değerlendirilmekte, eğitim, araştırma, haber verme, eleştiri yapma gibi amaçlar ise ticari olmayan başkaca amaçlar olarak kabul edilmektedir. Kullanımın niteliği açısından ise; "dönüştürücü"[61] bir özelliğin bulunup bulunmadığı hesaba katılmaktadır. Dönüştürücü özellik için kullanımın, ilk eserdeki kullanımından farklı ve yeni bir amaç taşıması, kopyalanan kodun veya eser kısmının birebir aynı amacı gütmemesi gerektiği vurgulanmaktadır[62]. Adil kullanımın tespitinde yer alan ikinci kıstas, kullanılan eserin doğası ve niteliğidir. Bu kıstas altında, kopyalanan eserin ne denli özgünlük taşıdığına bağlı olarak dava konusu eserdeki kullanımın adil olup olmadığı değerlendirilmektedir. Üçüncü kıstas, kullanılan kısmın ilgili eserin bütününe oranla ne miktarda olduğu ve kullanılan kısmın ilgili eserin esaslı parçası olup olmadığı yönünde değerlendirme yapılmasıdır. Son kıstas ise, dava konusu kullanım ile kopyalanan eserin mevcut ve potansiyel pazarı üzerinde olumsuz etkilerinin olup olmadığının tespitidir[63].

İkinci Yerel Mahkeme yargılaması sonucunda jüri, *Google*'ın sadece 37 paket kod ile sınırlı kullanımının olduğuna, araişlerliğin sağlanabilmesi için sadece bildirici kodların kopyalandığına ve bu kopyalamanın gerekli düzeyi aşmadığına kanaat getirmiştir. Buna ek olarak; kullanımın her ne kadar ticari amaç gösterdiği tespit edilse de, nitelik olarak dönüştürücü olduğu, 37 adet *Java* paketinin *Google* tarafından yazılmış özgün kod paketleri ile birlikte kullanıldığı, *Google*'ın *Oracle*'dan farklı olarak akıllı telefon ve tabletler

---

60 A.B.D. Temyiz Mahkemesi 9. Daire Kararı, *Sony Computer Entertainment v. Connectix Corporation*, 203 F.3d 596 (2000), https://cyber.harvard.edu/people/tfisher/IP/2000%20Sony%20Abridged.pdf, (17.04.2021), s.5.

61 *Transformative use.*

62 A.B.D. Temyiz Mahkemesi 9. Daire Kararı, S*ony Computer Entertainment v. Connectix Corporation*, 203 F.3d 596 (2000), https://cyber.harvard.edu/people/tfisher/IP/2000%20Sony%20Abridged.pdf, (17.04.2021), s.7-8.

63 A.B.D.Telif Hakları Yasası md.107.

için bir işletim sistemi kurduğu, bu saptamalar doğrultusunda kullanımın adil kullanım sınırları içerisinde kaldığı sonucuna varılmıştır[64].

5. 2018 - Temyiz Mahkemesinin İkinci Kararı

Yerel Mahkemenin verdiği ikinci karar, her iki tarafça temyiz edilmiştir. *Google*, kararın sonucuna olmasa da, bildirici kodların ve kod düzeninin telif hakkı kapsamına alınamayacağını, bu nedenle Yerel Mahkemenin ilk kararının hukuken doğru olduğu yönündeki itirazlarını sunmuştur. Öte yandan *Oracle*, doğrudan sonuçlarıyla birlikte Yerel Mahkemenin kararına itiraz etmiş ve kararın kendi lehine bozularak yeniden yargılama yapılmasını talep etmiştir[65].

Gelen itirazlar ve temyiz talepleri üzerine; Temyiz Mahkemesi, incelemesini, 4 ana husus üzerinde toplamıştır. Anılan bu 4 ana husus, bildirici kodların her iki tarafın programlarındaki işlevi, kopyalanan kodun miktarı, *Google*'ın işlevsel olarak aynı paketleri başka şekillerde yazma imkânına sahip olup olmadığı ve *Google*'ın kullanımının dönüştürücü olup olmadığı hususlarıdır. Temyiz Mahkemesi, çizdiği bu çerçeve dâhilinde, Yerel Mahkemenin yeni kararını ele almıştır[66].

Dönüştürücü özelliğe ilişkin değerlendirmede Temyiz Mahkemesi, *Android* işletim sisteminin akıllı telefonlar içinde çalışıyor olması, yeni ve farklı bir amaç olarak görmemiştir. Farklı cihazlar için oluşturulan programlar olmasını, kullanım amacı üzerinde etkili bulmamıştır. *Google*'ın kopyaladığı kodların *Java* platformunda güdülen amaç ile aynı olarak kullanıldığı değerlendirilmiştir. Anılan bu gerekçelerle Temyiz Mahkemesi, nitelik olarak *Google*'ın kullanımının dönüştürücü olmadığı sonucuna varmıştır.[67].

Kopyalanan kodlara ilişkin kullanım amacı ele alındığında, *Google*'ın kullanım amacında ticari tarafının ağır bastığı değerlendirilmiştir. Temyiz

---

64 A.B.D. Bölge Mahkemesi Kararı (Güney Kaliforniya), *Oracle America, Inc v Google Inc*, C 10-03561 WHA, 08.06.2016 https://www.eff.org/files/2016/06/16/order_denying_rule_50_motion.pdf (17.04.2021); s.16-17.

65 A.B.D. Temyiz Mahkemesi Federal Daire Kararı, *Oracle America, Inc v Google Inc*, 886 F.3d 1179, 27.03.2018, http://www.cafc.uscourts.gov/sites/default/files/opinions-orders/17-1118.Opinion.3-26-2018.1.PDF (17.04.2021), s.7.

66 A.B.D. Temyiz Mahkemesi Federal Daire Kararı, *Oracle America, Inc v Google Inc*, 886 F.3d 1179, 27.03.2018, http://www.cafc.uscourts.gov/sites/default/files/opinions-orders/17-1118.Opinion.3-26-2018.1.PDF (17.04.2021), s.27.

67 *Ibid*, s.33.

Mahkemesi, bu hususa ilişkin vakıaların jüri tarafından değerlendirilmediğine ve kodların kopyalanmasının kötü niyetli olduğuna kanaat getirmiştir[68]. Kopyalamanın temelinde, salt işlevselliğin bulunmaması ve *Google*'ın asıl hedefinin *Java* dilinin popülerliğinden faydalanmak olması kötü niyet değerlendirmesine sebep olmuştur. Temyiz Mahkemesine göre; *Java* platformunun, yıllar süren kullanımı sonucunda bilinir hale gelmesi, *Google*'ın kodları kopyalamasına yol açmıştır. Teknik açıdan ele alındığında ise, *Google*'ın seçenek özgürlüğüne sahip olduğu, aynı işlevleri yerine getiren bildirici kodların baştan yazılabileceği tespit edilmiştir. Kod paketlerinin tamamı yerine, sadece 170 satır kodun kullanılarak aynı sonuçlara ulaşılabileceği teknik gerçeği karşısında, *Google*'ın 11.500 satır kodu kopyalamasının araişlerlik şemsiyesi altında barınamayacağı vurgulanmıştır. Bu nedenlerle, araişlerlik ve işlevsel sebeplerinin *Google*'ın ticari faydalanma amacını gizlemek için öne sürüldüğü değerlendirilmiştir[69].

Temyiz Mahkemesi, teknik şartların kopyalamayı zorunlu kılmaması, kopyalanan kod miktarın ciddi düzeyde olması, *Google*'ın kodları kullanımının dönüştürücü özellik gösteren bir niteliğe sahip olmaması, kopyalamanın altında yatan amacın, *Java*'nın popülerliğinden ve programcılar için alışkanlık hale gelmesinden faydalanma olduğu gerekçeleriyle adil kullanımın bulunmadığına hükmetmiştir[70].

6. 2021 - Yüksek Mahkemenin İkinci Kararı

Google, temyiz incelemesinde verilen kararın aleyhine olması sebebiyle davayı en üst yargılama mercii olan A.B.D. Yüksek Mahkemesine bir kez daha taşımıştır. 2019 yılının başında yaptığı başvuruda *Google,* cevaplanması gereken iki hukuki değerlendirme ile birlikte kararın bozulmasını talep etmiştir[71]. *Google*, telif hakkı koruması kapsamının belirlenmesini, API'lerin bu kapsam dışında tutulması gerektiğini belirtmiş ve ayrıca kopyaladığı kodların adil kullanım olarak değerlendirilmesi gerektiğini öne sürmüştür[72]. *Go-*

---

68 *Ibid*, s.42.

69 *Ibid*, s.47.

70 *Ibid*, s.46.

71 A.B.D. Yüksek Mahkeme dosya kayıtları, No: 18-956, https://www.supremecourt.gov/docket/docketfiles/html/public/18-956.html, (17.04.2021).

72 *Google* tarafından A.B.D. Yüksek Mahkemesine sunulmuş 24.01.2019 tarihli dilekçe, Petition for a Writ of Certiorari, https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/18/18-956/81532/20190124110509177_Google%20cert%20petition.pdf, (17.04.2021), s.I.

ogle'ın başvurusu karşısında *Oracle*, 27.03.2019 tarihli dilekçesi ile cevap ve karşı argümanlarını Yüksek Mahkemeye ibraz etmiştir[73]. *Google*'ın yönelttiği ilk hususa cevaben, sahibinin hususiyetini taşıyan ve farklı şekillerde kodlanabilmesi mümkün olan *Java* API kodlarının, telif hakkı korumasından yararlanacağını ifade etmiştir. *Google*'ın diğer itirazına yönelik olarak ise *Oracle*, teknik olarak API kodlarının *Google* tarafından yeni baştan yazılma imkânı varken *Java* platformunun programcılarla kurduğu bağ ve yarattığı alışkanlıktan ticari olarak fayda elde etmeyi amaçlayarak *Google*'ın kodları kopyaladığını, sonuç olarak kullanımın adil kullanım olmadığını öne sürmüştür[74].

Google'ın 2019 yılının ilk ayında yaptığı başvuru ve iki ay sonrasında *Oracle* tarafından verilen savunmalar sonrasında, Covid-19 salgının tüm dünyayı ve tüm yargılama işlemlerini aksatması sebebiyle Yüksek Mahkeme ancak 2021 yılının Nisan ayında hükmünü verebilmiştir. Karar, oy çokluğu ile alınabilmiş; 9 hâkimli Yüksek Mahkeme, 1 hâkimin oylamaya katılmaması sebebiyle 2 karşı oya rağmen 6 olumlu oy ile sonuca varmıştır[75]. *Google* tarafından yöneltilen iddia ve soruların ilkinde, *Java* API'lerinin telif hakkı korumasından yararlanabileceği yönünde karar verilmiş ancak ikinci soru ele alındığında, sonuç *Google* lehine olmuş ve kopyalanan kodların adil kullanım teşkil ettiği yönünde hüküm kurulmuştur.

Yüksek Mahkeme, kararında bilgisayar programlarının işlevsel yönünün ön planda olduğunu vurgulayarak, bilgisayar programlarının diğer eser türlerinden ayrıştığını ifade etmiştir[76]. Bu ayrışma sebebiyle, telif hakkı korumasının, bilgisayar programlarının hangi unsurlarını kapsadığını tespit etmekte güçlük çekilmektedir. Yüksek Mahkeme, bu noktada, telif haklarının temel hedef ve amaçlarına başvurmuş ve telif hakkı düzenlemeleriyle hedeflenen üst amacın eser sahiplerine koruma sağlayarak bilimsel ve sanatsal ilerleme olduğunu belirtmiştir[77]. Bu amaç esasında, telif hakları ile gözetilenin kamu

---

[73] A.B.D. Yüksek Mahkeme dosya kayıtları, No: 18-956, https://www.supremecourt.gov/docket/docketfiles/html/public/18-956.html, (17.04.2021).

[74] *Oracle* tarafından A.B.D. Yüksek Mahkemesine sunulmuş 27.03.2019 tarihli dilekçe, Brief in Opposition, https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/18/18-956/81532/20190124110509177_Google%20cert%20petition.pdf, (17.04.2021), s.i.

[75] A.B.D. Yüksek Mahkemesi Kararı, *Google, Inc. v. Oracle America, Inc*., Certiorari to the United States Court of Appeals for the Federal Circuit, No: 18-956, 05.04.2021, https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/18-956_d18f.pdf (17.04.2021).

[76] *Ibid*, s.16.

[77] *Ibid*, s.11 vd.

menfaati olduğunu ortaya koymaktadır. Kamu menfaati gözetildiğinde, işlevsel özelliklerin ön plana çıktığı, bilgisayar programlarının bazı unsurlarının telif hakkı korumasından yararlanmakla birlikte, telif hakkının özünden uzak olduğu belirtilmiştir.

Dava konusu *Java* API bildirici kodlarının farklı seçenekler arasından tercih yapılarak oluşturulması ve kolay akılda kalabilecek başlıkların belirlenmesi sebepleriyle eser niteliği gösterdiği ancak işlevsel niteliğinin ön planda olmasından dolayı telif hakkının özünden uzak olduğu vurgulanmıştır[78]. Yüksek Mahkeme'ye göre; *Java* API'leri içerisinde yer alan eser niteliği, telif hakkı koruması kapsamında olmayan fikirlerle çevrelenmiştir[79]. Dolayısıyla *Java* API'lerinin bildirici kodlarının eser niteliği, uygulayıcı kodlara, diğer bilgisayar programı unsurlarına ve diğer eser türlerine nispeten daha düşüktür[80]. Böylelikle; *Google*'ın yönelttiği ilk itiraz konusunda Yüksek Mahkeme, *Java* API'lerinin telif hakkının özünden uzak olmakla birlikte telif koruması kapsamına girdiğine karar vermiştir.

Yüksek Mahkemeye yöneltilen ikinci husus bakımından *Google*'ın kullanımının adil kullanım kapsamına girip girmediği ele alınmıştır. Adil kullanımın tespiti için yukarıda açıkladığımız ve A.B.D. Telif Hakları Yasası madde 107'de yer alan 4 kıstas, ayrı ayrı ele alınarak değerlendirilmiştir. Bu kapsamda Yüksek Mahkeme, sırasıyla, (i) kopyalanan *Java* API kodlarının doğası ve mahiyetini, (ii) *Google*'ın *Java* API kodlarını kullanım amacını ve kullanımın niteliğini, (iii) kopyalanan kodun miktarını ve kopyalanan kodun *Java* kodları içinde esaslı kısım olup olmadığını ve (iv) *Google*'ın kullanımının *Java* programının pazar payı üzerinde olumsuz etkisinin bulunup bulunmadığını değerlendirmiştir. Bu kıstaslara ilişkin maddi vakıaların tespitinin jüri tarafından ancak hukuki değerlendirmenin hâkim tarafından yapılması gerektiği belirtilmiştir[81].

Adil kullanım değerlendirmesinde ilk olarak, kopyalanan kodun mahiyeti belirlenmeye çalışılmış ve bu doğrultuda *Java* API uygulayıcı kodlarının kopyalanmadığı ve sadece bildirici kodların kopyalandığını saptanmıştır. Kopyalanan bildirici kodların, doğası gereği işlevsel özellik gösterdiği ve işlevsel özelliklerin, *Android* işletim sistemi içinde aynı şekilde yansıtılması

---

78 *Ibid*, s.23.

79 *Ibid*, s.22.

80 *Ibid*, s.24.

81 *Ibid*, s.19.

amacıyla kodların kopyalandığı belirtilmiştir. Bu nedenle ilk kıstas açısından *Google*'ın kopyalamasının adil kullanımı işaret ettiği yönünde değerlendirme yapılmıştır[82].

Adil kullanım açısından ikinci olarak ele alınan kıstas, *Google*'ın *Java* API'lerini kullanım amacı ve niteliği olmuştur. Amaçsal olarak, kullanımın sadece ticari özellik gösterdiği, başkaca bir amacın olmadığı saptaması yapılmış ancak salt ticari amacın tüm kıstasların önüne geçerek kullanımı, adil kullanım kapsamı dışına çıkarmayacağı ifade edilmiştir[83]. Başka bir deyişle, ticari amaç taşıyan kullanımlar, adil kullanımın tespiti açısından olumsuz bir etki taşısa da, tek başına kullanımın adil kullanım kapsamı dışında sayılmasına sebep olmamaktadır.

Niteliksel olarak, kullanımın dönüştürücü bir özelliğe sahip olması aranmakta, kullanımın yeni bir bağlamda olması, asıl programın kullanımından farklılık göstermesi ve önemli bir katkı sağlaması gözetilmektedir[84]. Yüksek Mahkeme, *Google*'ın, kopyaladığı kodları, yeni ve farklı bir platform oluşturmak için kullandığını, *Android* işletim sisteminin mobil cihazlarda işlediğini ancak *Java* programının masaüstü ve dizüstü bilgisayarlarda kullanıldığını saptamıştır. *Google*'ın *Android* işletim sistemini oluşturarak telif hakları yasası ile öngörülen bilimsel ilerlemeye katkıda bulunduğunu, platformun yeni bir programcılık sistemi oluşturduğunu ifade etmiştir[85]. Genel olarak; farklı programların API kodlarının araişlerliğin sağlanabilmesine hizmet ettiği, farklı programlar arasındaki iletişim ve etkileşimin gerçekleştirilmesini amaçladığı vurgulanmıştır. API kodlarının yeni baştan yazılarak değiştirilmesi halinde, programın çalışmasının aksayacağı ve ayrıca programcılar arasındaki yaygın uygulamanın, API kodlarının sıklıkla kopyalanarak araişlerliği sağlama amacıyla farklı programlara ekleme şeklinde görüldüğü tespit edilmiştir. Hatta *Java* programı geliştirilirken başka programların işlevsel API kodlarının kopyalanarak *Java* programı içinde kullanıldığının da altı çizilmiştir[86]. *Java* API kodlarının *Google* tarafından kopyalanmak yerine, yeniden yazılması halinde, tüm programcıların yeni bir dil öğrenmeleri ve sıfır noktasından öğrenme sürecine başlamaları gerekmektedir. Bu

---

82 *Ibid*, s.23-24.

83 *Ibid*, s.27.

84 *Ibid*, s.24.

85 *Ibid*, s.25-26.

86 *Ibid*, s.26.

durumda programcıların daha gelişmiş programlar yazarak bilimsel ve teknik ilerleme sağlamaları sekteye uğrayacaktır. Bu nedenlerle; *Google*'ın kullanımının dönüştürücü nitelik taşıdığı saptaması yapılmış ve *Google*'ın kullanımının adil kullanımı işaret ettiği sonucuna varılmıştır[87].

Yüksek Mahkeme, adil kullanımın tespiti için üçüncü kıstas olan, kopyalamanın miktarı ve kopyalanan eserin esaslı kısmını oluşturup oluşturmadığı yönünde değerlendirme yapmıştır. Yüksek Mahkeme, kopyalanan kodun miktarını, tek başına değerlendirmeye almanın hatalı olduğunu, her ne kadar kopyalanan kısım, 11.500 satır tutan 37 paket kod olsa da, tüm *Java* API'lerinin kodlarına oranlanarak belirlenmesi gerektiğini öne sürmüştür. Bu doğrultuda *Java* API'lerinin 2,86 milyon satır kod olduğu göz önüne alındığında *Google*'ın kopyaladığı miktarın sadece %0,4 oranında olduğu saptanmıştır[88]. Kopyalanan kısmın, miktaren az olması yanında, kopyalanan eserin esaslı bir parçası olmaması gerekmektedir. Bu doğrultuda Yüksek Mahkeme, kopyalanan kısmın, *Java* programlama dilinin esaslı bir parçası olmadığı, özünü oluşturmadığı kanaatine varmıştır. Dolayısıyla, *Google*'ın kullanımının, yapılan kıyaslama sonucunda miktar olarak çok olmadığı, kopyalanan kısmın, *Java* API'lerinin esaslı kısmı olmadığı sonucuna varmıştır. Böylelikle üçüncü kıstas açısından da, *Google*'ın kullanımı, adil kullanım olarak değerlendirilmiştir[89].

Dördüncü ve son kıstasa ilişkin değerlendirmesinde Yüksek Mahkeme, *Google*'ın *Java* API kodlarını kopyalamasının, *Java* platformunun pazar payı üzerinde olumsuz bir etki oluşturup oluşturmadığını tespit etmeye çalışmıştır. *Java*'nın geliştiricisi *Sun Microsystems* şirketinin, mobil cihaz pazarında yer edinememesinde, *Android* işletim sisteminin olumsuz etkisinin bulunmadığı, şirketin *Android* sisteminden bağımsız olarak mobil cihaz pazarında başarısız olduğu belirtilmiştir. *Sun Microsystems* şirketinin pazara girme konusunda, birden çok girişiminin başarısızlıkla sonuçlandığı vurgulanmıştır. Dosyaya sunulan delillerle başarısızlığın sebebi olarak, *Sun Microsystems* şirketinin dokunmatik ekranlı telefon piyasaya sunmaması, yaygın kullanılan QWERTY klavyeye sahip olmaması gösterilmiştir[90]. Bununla birlikte; *Java* platformunun öncelikli pazar hedefinin dizüstü ve masaüstü

---

87 *Ibid*, s.27.

88 *Ibid*, s.28.

89 *Ibid*, s.30.

90 *Ibid*, s.32.

bilgisayarlar olduğu, nispeten daha yeni bir pazar olan mobil cihaz piyasasına adapte olamadığı vurgulanmıştır. Ayrıca kopyalanan kısmın, *Java* programlama dilinin kullanılabilmesine hizmet ettiği, programcıların *Java* üzerinde geliştirdiği bilgi birikimi ve becerileri başka platform üzerinde gösterebilmelerini sağladığı belirtilmiştir. Anılan bu beceri ve birikim, *Java* platformunun yaratıcılarına değil, bireysel olarak platformu kullanan programcılara aittir. *Oracle*'ın dışlayıcı haklarını kullanarak programcıların geliştirdiği becerilerin ve sahip oldukları bilgi birikiminin önüne set çekmeye çalıştığı ifade edilmiştir. Bu durum ise, telif haklarının nihai hedefi olan bilimsel ve teknik ilerlemenin gerçekleşememesi anlamına gelmektedir[91].

Yüksek Mahkeme, son kıstas açısından, *Google*'ın kullanımının adil kullanım kapsamında kaldığına, *Android* işletim sisteminde dava konusu kodlar yer almasa da, *Java* platformu ile *Sun Microsystems* şirketinin mobil cihaz pazarında başarılı olamayacağına ve kopyalamanın *Java* platformunun pazar payı üzerinde olumsuz etkisinin bulunmadığına hükmetmiştir[92]. Sonuç olarak; *Java* API bildirici kodlarının telif korumasından yararlanan bir eser olduğuna ancak *Google*'ın kullanımının adil kullanım istisnası doğrultusunda, telif hakkı ihlali teşkil etmediğine karar verilmiştir.

III. KARŞI OY ELEŞTİRİLERİ

Yüksek Mahkeme heyetinin başkan vekili hâkim *Clarance Thomas* ve heyet hâkimlerinden *Samuel Alito*, çoğunluk görüşünün hatalı olduğunu belirterek 19 sayfalık bir karşı oy yazmıştır. Hâkimler, *Java* platformunun yıllar süren emek ve çaba sonucunda, programcılar açısından tercih edilen bir program haline getirildiğini ancak *Google*'ın sırf bu tercih edilirlikten yararlanmak için kodları kopyaladığını öne sürerek çoğunluk görüşüne karşı çıkmıştır. Ayrıca *Google*'ın *Java* lisansını alabilmek için önceleri girişimlerde bulunduğunu, ticari anlaşmaya varılamaması üzerine kodları kopyaladığını, *Android* işletim sisteminin *Amazon*'un *Kindle* ürününün de kullanılmasıyla *Java*'nın lisans bedelinin %97,5 düştüğünü ve *Google*'ın hâkim durumunu mobil telefon pazarında kötüye kullandığını belirtmişlerdir[93].

---

91 *Ibid*, s.34.

92 *Ibid*, s.35.

93 Karşı Oy Yazısı, Hâkim Clarence Thomas, Hâkim Samuel Alito, *Google, Inc. v. Oracle America, Inc.,* On Writ of Certiorari to the United States Court of Appeals for the Federal Circuit, https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/18-956_d18f.pdf, (17.04.2021), s.1.

Karşı oy yazısında, *Google*'ın birleşme doktrinini öne sürmesi eleştirilmiş, farklı şekillerde kodu yazma seçeneği olması halinde fikir ve ifadenin birleşemeyeceği, aynı durumda olan *Microsoft* ve *Apple'*ın kendilerine ait bildirici kodları yazdığı, kopyalamanın teknik bir zorunluluk teşkil etmediği ifade edilmiştir[94]. Ayrıca çoğunluk görüşünde, bildirici kodların telif hakkının özünden uzak olduğu saptamasının hatalı olduğu, bildirici kodların uygulayıcı kodlar kadar telif hakkı korumasından yararlanması gerektiği, kanun koyucunun bu yönde bir düzenlemesinin olmadığı belirtilmiştir. Çoğunluk görüşünün en başta yapmış olduğu bu hatalı saptamanın tüm analiz ve kararın yanlış yönlenmesine sebep olduğu vurgulanmıştır[95].

Çoğunluk görüşünde *Java* API bildirici kodlarının işlevsel fikirlerle çevrili olduğu saptamasına, karşı oyda eleştiri getirilmiştir. Karşı oy yazarları hâkimlere göre; tüm eser türlerinde fikir ve ifadenin bir arada bulunması kaçınılmazdır. Bu birliktelik, eser korumasından yararlandığı tartışmasız olan klasik eser türü kitaplarda görülebilmektedir. Kitaplarda, bir olay veya görüş ifade edilirken bölümler, diyaloglar ve dipnotlar gibi işlevsel öğeler kullanılmaktadır. Kitaplar içinde, bölümlerin, diyalogların ve dipnotların kullanılması telif hakkı korumasından yararlanamayan fikirlerdir. Kitap içerisinde yer alan özgün ifadeler, telif koruması kapsamına girmeyen bu fikirlerle iç içe ifade edilmektedir. Buna rağmen bölümler, diyaloglar ve dipnotlar gibi "fikir" kapsamına giren kullanımlar sebebiyle kitapta yer alan özgün ifadeler, telif hakkı korumasının özünden uzaklaşmamaktadır[96].

Adil kullanım kıstaslarının değerlendirmesine gelindiğinde ise, karşı oyda, ilk olarak vurgulanan *Google*'ın kullanım amacının ticariliği olmuştur. Bu noktada; ticari amacın ağır bastığı, bunun üzerine miktar olarak kopyalamanın kabul edilemeyecek derecede fazla olduğu, kopyalanan miktarın yaklaşık 300 sayfa yer tuttuğu hususu eklenmiştir. Karşı oy yazarlarına göre; çoğunluk görüşünde miktar oranlaması yanlış yapılmıştır. Oranlamanın tüm *Java* API kodlarına kıyasla değil, tüm *Java* API bildirici kodlarına kıyasla yapılması gerektiği, bu durumda ise, yüksek bir kopyalama oranının ortaya çıktığı ifade edilmiştir[97].

---

94 *Ibid*, s.7.

95 *Ibid*, s.10-11.

96 *Ibid*, s.10.

97 *Ibid*, s.4.

Karşı oy yazarı hâkimler, Yüksek Mahkeme tarafından dönüştürücü özelliğin yanlış değerlendirildiğini, dönüştürücü nitelik ile türetilmiş kullanımın karıştırıldığını öne sürmüştür. Dönüştürücü özelliğin varlığı için, kopyalanan eserden farklı özelliklerde ve esaslı değişiklik getirecek şekilde yeni bir kullanımın varlığı gerekmektedir. Buna rağmen; *Google*'ın kopyaladığı kodların, *Java* platformundakiyle aynı amaç ile kullanıldığı, *Android*'in mobil cihazlarda yürütülüyor olmasının sadece farklı bir platform sağladığı ancak yeni bir işlev göstermediği, bu kullanımın dönüştürücü değil sadece türetici olduğu belirtilmiştir[98].

Yüksek Mahkemenin kararına getirilen bir başka eleştiri ise, kopyalanan kısmın esaslı olmadığı yönündeki değerlendirme üzerine olmuştur. Esaslılık açısından ele alındığında, kopyalanan kısmın, *Java* platformunun özünde yer aldığı ve *Oracle* açısından ticari amaca hizmet ettiği vurgulanmıştır. *Java* platformunun daha fazla programcıya hitap etmesi sonucunda, daha fazla donanım üreticisi *Oracle*'a başvuracak ve *Oracle Java* programı ile ilgili daha fazla lisans anlaşması yapabilecektir. Böylelikle *Oracle'ın* daha fazla lisans geliri elde etme imkânı bulunmaktadır. Bu imkânın *Oracle*'ın elinden alındığı ve *Google*'ın *Java*'nın bilinirliği ve pratikliğinden yararlanmak amacıyla kodları birebir kopyaladığı belirtilmiştir[99].

Karşı oy yazarı hâkimler, çoğunluk görüşünde, *Google*'ın kopyaladığı kodlar ile *Java* platformunun pazar payına olan etkisinin hatalı değerlendirildiğini öne sürmüştür. *Android* işletim sisteminin ortaya çıkması ve mobil cihaz üreticileri için bedava sağlanması üzerine, üreticilerin *Oracle* ile anlaşma yapıp *Java* platformu için lisans ücreti ödemesi ihtimali bir hayli düşmüştür. *Google*, tamamen reklam gelirleri üzerinden iş modelini kurmuş ve bunun için daha fazla üretici üzerinden daha fazla kullanıcıya ulaşmayı hedeflemektedir[100]. Bu hedef dâhilinde, *Android* işletim sistemini, mobil cihaz üreticileri açısından cazip kılabilmek için lisans ücreti almadan bedava sağlamaktadır. Öte yandan *Oracle* ise, sadece lisans gelirine sahip olup *Java* platformunu lisanslayarak ticari gelir elde edebilmektedir. *Google*'ın olumsuz etkisine örnek olarak; *Oracle*, daha önce 40 milyon dolar üzerinden lisans anlaşması yaptığı *Samsung* ile *Android* işletim sisteminin rekabeti sonrasında, 1 milyon dolara anlaşmak zorunda kalmıştır. *Amazon Kindle* ürünleri örnek olarak incelendiğinde ise; *Oracle, Kindle* için verdiği lisanstan do-

98 *Ibid*, s.17.

99 *Ibid*, s.2.

100 *Ibid,* s.11.

layı ciddi gelir elde etmekteyken *Android*'in *Kindle Fire*'da kullanılmaya başlaması ile *Oracle*'ın lisans geliri %97,5 oranında düşmüştür[101].

Karşı oy yazısında, çoğunluk görüşünün tam tersine, *Google*'ın monopol yaratarak teknik ve bilimsel ilerlemeyi sekteye uğrattığı, *Google*'ın *Android* işletim sistemi ile yarattığı ekosistem üzerinde hakim durumunu kötüye kullandığı sonucuna varmıştır. Hâkimler, bu hususta, *Google*'ın hakim durumunu kötüye kullanması sebebiyle Avrupa Birliği Komisyonu tarafından, rekabet hukukuna aykırılıktan ötürü 5 milyon dolara yakın para cezası ile cezalandırıldığını hatırlatmaktadır[102].

IV. KARAR VE ELEŞTİRİLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Telif hakları ile hedeflenen nihai amacın, bilimsel ve teknik ilerleme olduğu ve bu amacın sağlanabilmesi için eser sahiplerine yeni eserler üretme yönünde teşvik sağlandığı kanımızca ilk olarak gözetilmesi gereken husustur. Bu kapsamda; telif haklarının sadece eser veya hak sahiplerine koruma sağlama amacıyla getirilmediği asıl olarak bilimsel ve teknik ilerlemenin sağlanarak kamu menfaatine hizmet etme amacı güttüğü gözden kaçırılmamalıdır. Telif hakları içinde yer alan grift uyuşmazlıkların analizi yapılırken, mutlaka zaman zaman bu temel felsefeye geri dönülmeli ve nihai amacı dikkate alarak bakış açısı tazelenmelidir. Temel felsefe ve nihai amaç doğrultusunda, telif hakları kapsamında eser veya hak sahibine sağlanacak koruma ile kamu menfaati arasında denge sağlanmaya çalışılmalıdır.

Araişlerliğin sağlanarak bilgisayar sistemlerinin tam ve en etkin şekilde çalışmasının sağlanması kanaatimizce kamu menfaatine hizmet etmektedir. Kamu menfaatinin gözetilebilmesi için telif hakları ile eser sahibine getirilen korumaya istisnalar yerleştirilmesi ihtiyacı bulunmaktadır. İstisnaların kapsamı ve şartları hassas bir şekilde belirlenmeli ve böylelikle eser sahibi ve kamu menfaati arasında dengeye ulaşılmalıdır. Bilgisayar programlarının işlevsel özelliği ile diğer eser türlerinden farklılaştığı, özellikle bilgisayar programının bazı unsurları açısından işlevselliğin tamamen ön plana çıktığı konularında Yüksek Mahkemenin tespitleri önem taşımaktadır[103]. Bu doğrul-

---

[101] *Ibid*.

[102] *Ibid*, s.14.

[103] A.B.D. Yüksek Mahkemesi Kararı, *Google, Inc. v. Oracle America, Inc*., Certiorari to the United States Court of Appeals for the Federal Circuit, No: 18-956, 05.04.2021, https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/18-956_d18f.pdf (17.04.2021), s.16.

tuda; API'lerin bildirici kodlarının işlevsel niteliği karşısında, sağlanacak telif hakkı koruma kapsamının sınırlı tutulması gerekmektedir.

Karşı oyda belirtildiğinin[104] aksine, API bildirici kodlarının yeniden ve başka şekillerde ifade seçeneğinin olması, kullanımı doğrudan telif hakkı ihlali haline getirmemelidir. Başka şekillerde ifade seçeneğinin olmadığı hallerde kanımızca, telif hakkının mevcudiyetinden bahsetmek zaten mümkün olmayacaktır. Bununla birlikte, bildirici kodların yeniden yazılması yönünde başka seçenekler olmakla birlikte, bu seçeneklerin etkin ve efektif olmaması halinde, araişlerliğin ön planda tutulması gerekmektedir. Etkin ve efektif olamaması sebebiyle bildirici kodların ifadesinde aynı tercihin yapılması, telif hakkı ihlaline yol açmamalıdır.

API bildirici kodlarının işlevselliğine önem verilmesi ve araişlerliğin sağlanabilmesi, bilgisayar sistemlerinin bütünleşik ve etkin çalışmasını temin ettiği için, kanımızca kamu menfaatine hizmet etmektedir. Bu noktada, işlevselliğin mutlak bir zorunluluk olarak değerlendirilmemesi gerekmektedir. Dolayısıyla kodların kopyalanmasının işlevsellik açısından bir zorunluluk hali olması değil ancak bir gereklilik hali olması aranmalıdır. Böylelikle; işlevsellik çıtası daha makul bir düzeyde tutularak kamu menfaati ile eser sahibi arasındaki denge sağlanabilecektir.

Yüksek Mahkeme kararında, *Google*'ın Android işletim sistemi ile *Java* platformunun pazar payı üzerindeki olumsuz etkisinin göz ardı edildiği kanaatindeyiz[105]. Bu hususta karşı oy yazarı hâkimlerinin, isabetli olarak işaret ettiği üzere, bedava bir işletim sistemi karşısında, cihaz üreticileri tarafından *Oracle*'a yüksek bedeller ödeyerek *Java*'nın lisansının alınması tercih edilmez hale gelmiştir[106]. Ayrıca Yüksek Mahkemenin mobil cihaz pazarı ve dizüstü/masaüstü bilgisayar pazarı arasında bu denli ciddi bir ayrım yapması, bilgisayar programlarının farklı cihaz ve platformlara uyarlanabilmesi teknik gerçeği karşısında, doğru bir değerlendirme olmamıştır.

---

[104] Karşı Oy Yazısı, Hakim Clarence Thomas, Hakim Samuel Alito, *Google, Inc. v. Oracle America, Inc.,* On Writ of Certiorari to the United States Court of Appeals for the Federal Circuit, https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/18-956_d18f.pdf, (17.04.2021), s.7.

[105] A.B.D. Yüksek Mahkemesi Kararı, *Google, Inc. v. Oracle America, Inc*., Certiorari to the United States Court of Appeals for the Federal Circuit, No: 18-956, 05.04.2021, https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/18-956_d18f.pdf (17.04.2021), s.31-32.

[106] Karşı Oy Yazısı, Hakim Clarence Thomas, Hakim Samuel Alito, *Google, Inc. v. Oracle America, Inc.,* On Writ of Certiorari to the United States Court of Appeals for the Federal Circuit, https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/18-956_d18f.pdf, (17.04.2021), s.11.

Karşı oyda yer verilen ve *Google*'ın monopol yaratma amacı güttüğü yönündeki eleştirilerde[107], isabetli yönler bulunmakla birlikte, *Google*'ın bu eylemlerine telif hakkı ile yaptırım uygulama amacı güdülmemeli, rekabet hukuku çatısı altında değerlendirilmelidir. Aksi yaklaşım, telif haklarının temelinde bozulmaya sebep olacak ve bu bozulmayla başkaca uyuşmazlıklarda, teknoloji tekeli olmaya çalışan taraflar lehine sonuçlar doğabilecektir. Kuşkusuz bu durum da kamu menfaatine aykırılık teşkil edecektir.

Araişlerlik açısından, *Google*'ın kullanımını bir telif hakkı ihlali olarak değerlendirmenin çok isabetli olmadığı kanısındayız. Bununla birlikte; *Google*'ın ticari olarak *Java* platformunun yarattığı alışkanlıktan haksız fayda elde etme amacının ağır basıp basmadığı hususunun tam olarak aydınlatılamamış olduğu görüşündeyiz. *Google*'ın kullanımının saf ticari amaçlı olduğu ve *Java* programlama dilinin programcılarda yarattığı alışkanlıktan kısmi de olsa, faydalanma niyeti güttüğü görülmektedir. Yüksek Mahkeme, burada bir faydalanma olduğunu kabul etmekte ancak üzerinden fayda sağlanan tarafın *Java* platformunu geliştirenler olmadığını, *Java* platformunu kullananlar olduğunu vurgulamaktadır[108]. *Java* programını kullananlar, zaman içinde, emek harcayarak belirli bir bilgi birikimine ve beceriye sahip olmuşlardır. *Google* ise, bu bilgi birikimi ve becerinin kendi platformu üzerinde kullanılmaya devam edilmesini istemiştir. Yüksek Mahkeme, faydalanılan tarafın üçüncü kişi konumunda olan kullanıcılar olması nedeniyle *Oracle*'ın *Google*'ın üçüncü kişilerden faydalanmasını kendi telif haklarına ihlal gerekçesi olarak gösteremeyeceğine hükmetmiştir[109].

Kanımızca tüm yargılama sonucunda, *Google*'ın dava konusu kopyalama ile *Java* programının kullanıcı kitlesinden haksız fayda sağlamaya çalışıp çalışmadığı noktasında tam bir netlik sağlanamamıştır. Uyuşmazlığın kanaat getirilmesi en zor kısmını, bu ikilem oluşturmaktadır. Yüksek Mahkeme kararından görüldüğü üzere; *Google*'ın *Java* kullanıcı kitlesinden faydalanma amacı taşıdığı üzerinde bir görüş birliği vardır. Anılan bu faydalanmanın doğrudan veya dolaylı olarak *Java* aleyhine sonuçlar doğurduğu görülebilmektedir. Bu olgulara rağmen Yüksek Mahkeme, oluşan bilgi birikimi ve beceride *Java*'nın payının olup olmadığını teknik olarak ele almamıştır. Kanımızca bu noktada, teknik bir

---

[107] *Ibid*, s.14.

[108] A.B.D. Yüksek Mahkemesi Kararı, *Google, Inc. v. Oracle America, Inc*., Certiorari to the United States Court of Appeals for the Federal Circuit, No: 18-956, 05.04.2021, https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/18-956_d18f.pdf (17.04.2021), s.34.

[109] *Ibid.*

inceleme ile *Java* API bildirici kodlarının sağladığı kolaylıklar ve imkânların, kullanıcıların oluşturduğu bilgi birikimi ve beceri üzerinde bir katkısının olup olmadığı ele alınmalıdır. *Java* geliştiricilerinin yaptığı özgün tercihler ile kullanıcılara kolay akılda kalabilir kısayollar sağlanmışsa, bu bilgi birikimi ve becerinin oluşmasında *Java*'nın da önemli bir payı olduğuna kanaat getirilebilir. Yüksek Mahkeme, bu değerlendirmeyi yapmak yerine doğrudan, tüm bilgi birikimi ve becerinin kullanıcıların fikrî çabasının ürünü olduğu sonucuna varmıştır. Bu nedenle, *Java* programından haksız faydalanma olmadığı yönündeki karar, tam anlamıyla ikna edici olmamıştır.

Ülkemiz hukuku açısından bakıldığında ise; FSEK düzenlemesinde genel nitelikli bir adil kullanım serbestisi bulunmamaktadır. FSEK madde 31 ila 38 ile madde 40 içerisinde hangi kullanım türlerinin telif hakkı ihlali oluşturmayacağı sınırlı bir çerçevede düzenlenmiştir. Hukukumuzdaki düzenlemelere kıyasla, adil kullanım serbestisi ile farklı eser türlerine ilişkin uyuşmazlıklar üzerinde mahkemelere daha geniş takdir yetkisi ve esneklik imkânı tanımaktadır. Buna rağmen A.B.D. hukukunda doğrudan araişlerliğe ilişkin bir düzenleme olmamasının ve adil kullanımın serbestisi tespiti için gerekli kıstasların araişlerliği sağlama amacı ile tamamen uyumlu olmayışının, araişlerlik serbestisinin kapsamını daraltacak şekilde yorumlanmaya sebep olabileceği kanaatindeyiz. Adil kullanım için kullanımın ticari yönünün bulunup bulunmadığının ele alınması ve programların potansiyel pazar payları üzerinde değerlendirme yapılması gerekliliği, araişlerlik serbestisinin teknik gereksinim yönünün arka plana atılmasına sebep olabilecektir.

FSEK'te adil kullanıma ilişkin genel bir serbesti bulunmasa da araişlerlik serbestisi 38. maddenin 5. fıkrası ve devamında düzenlenmiştir[110]. FSEK

---

[110] FSEK md.38/5 vd.:

"Bağımsız yaratılmış bir bilgisayar programı ile diğer programların ara işlerliğini gerçekleştirmek üzere gerekli bilgileri elde etmek için, bilgisayar programının çoğaltılması ve işlenmesi anlamında kod'un çoğaltılmasının ve kod formunun çevirisinin de zorunlu olduğu durumlarda, bu fiillerin ifası aşağıdaki şartların karşılanması halinde serbesttir:

1. Bu fiillerin, ruhsat sahibi veya bir bilgisayar programının kopyasını kullanma hakkı sahibi diğer bir kişi tarafından veya onların adına bunu yapmaya yetkili kişi tarafından ifa edilmesi,

2. Araişlerliği gerçekleştirmek için gerekli bilginin, (1) numaralı bentte belirtilen kişilerin kullanımlarına sunulmaması,

3. Bu fiillerin, araişlerliği gerçekleştirmek için gereken program parçaları ile sınırlı olması.

Yukarıdaki fıkra hükümleri, onun uygulanması ile elde edilen bilgilerin;

1. Bağımsız yaratılmış bilgisayar programının araişlerliğini gerçekleştirmenin dışında diğer amaçlar için kullanılmasına,

düzenlemesinde hangi kullanımların serbesti kapsamında olacağı değil, tam aksine, hangi kullanımların serbesti kapsamında olmayacağı belirlenmiştir. FSEK md.38/5 ve mehaz AB Direktifi[111] md.6 kapsamında[112], araişlerliği sağlayabilmek amacıyla üçüncü kişilere bilgisayar programı kodlarının çevrilmesi, dönüştürülmesi ve kopyalanması yönünde sınırlı serbesti ve yetki tanınmıştır[113]. Düzenleme ile bilgisayar programının eser sahibine tanınan telif hakkı korumasının kapsamında, kamu menfaati lehine istisnai bir daraltma uygulanmaktadır. Bu kapsamda korunan kamu menfaati ise, araişlerliğin sağlanarak bilgisayar sistemlerinin etkili ve işlevsel olarak kullanılabilmesinin sağlanmasıdır. Böylelikle; tüm teknoloji kullanıcıların lehine olacak şekilde ancak eser sahibinin haklarının da tamamen dışlanmadığı bir istisnai yetki alanı düzenlenmiştir[114].

FSEK düzenlemesi ile üçüncü kişilere tanınan istisnai yetki, araişlerlik amacıyla bilgisayar programın kod formunun dönüştürülmesi ve çoğaltılmasıdır. Kanunla tanınmış bir yetki olması sebebiyle, eser veya hak sahiplerinin izninden bağımsız kullanabilmektedir[115]. Araişlerlik serbestisi ile tanınan yetki, sadece bilgisayar programına ilişkin gerekli teknik bilgilerin elde edi-

---

2. Bağımsız yaratılmış bilgisayar programının araişlerliği için gerekli olduğu durumlar dışında başkalarına verilmesine,

3. İfade ediliş bakımından esastan benzer bir bilgisayar programının geliştirilmesi, üretilmesi veya pazarlanması veya fikri hakları ihlal eden herhangi diğer bir fiil için kullanılmasına izin vermez.

Altıncı ve Yedinci fıkra hükümleri, programdan normal yararlanma ile çelişir veya hak sahibinin meşru yararlarına makul olmayan müdahale eder şekilde kullanılmasına izin verecek tarzda yorumlanamaz."

111 23 Nisan 2009 tarihli ve 2009/24/EC sayılı Bilgisayar Programlarının Korunmasına İlişkin Avrupa Birliği Direktifi (https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0024&from=EN, son erişim 28.04.2021).

112 AB Direktifi'nde, bilgisayar programlarının asıl görevinin, donanım unsurları, başkaca programlar, veriler ve kullanıcılarla bağlantı kurmak olduğu belirtilmekte ve bu bağlantı, AB Direktifi giriş kısmında araişlerlik olarak tanımlanmakta ve arayüzler aracılığıyla bağlantının sağlandığı vurgulanmaktadır. (AB Direktifi Giriş Kısmı, para.10).

113 HUET Jerome/ GINSBURG Jane C., "Computer Programs in Europe: A Comparative Analysis of the 1991 EC Software Directive", **Columbia Journal of Transnational Law**, C.30, 1992, 327-373, s.364-365; EREL Şafak, "Fikri Hukukta Bilgisayar Programlarının Korunması", Prof. Dr. İlhan Öztırak'a Armağan, **AÜSBFD**, C. 49, S. 1-2, 1994, 141-164, s.152; Arıkan, s.375; Dalyan, s.187-188; Serhat Kaypakoğlu, **Bilgisayar Programlarının Korunması**, İpekçi Yayıncılık, İzmir, 1997, s.126.

114 TEKİNALP, s.211, DALYAN, s.177-178.

115 TORREMANS Paul, **Intellectual Property Law**, 7. Baskı, Oxford, Oxford University Press, 2013, s. 639; MURRAY Andrew, **Information Technology Law**, 2. Baskı, Oxford, Oxford University Press, 2013, s.236-237; DALYAN, s.178-180.

lerek araişlerliğin sağlanmasını kapsamaktadır. Bu amaç ve kapsam dışında kod formunun dönüştürülmesi ve çoğaltılması yasaklanmıştır. Serbestinin sınırları ve koşulları yine FSEK md.38/5 ve devamında düzenlenmiştir.

Araişlerlik düzenlemesinde yer alan koşulların ortak unsuru, yetkinin kullanım amacıdır. Anılan bu amaç, sadece araişlerliğin sağlanması ile sınırlıdır. FSEK md.38/5 düzenlemesinde, araişlerlik serbestisinden faydalanabilmek için üç koşul yer almaktadır. İlk koşul, araişlerlik serbestisinden yararlanacak kişinin, programın ruhsat sahibi, program kopyasını kullanma hakkı sahibi veya ruhsat ya da program kopyasını kullanma hakkına sahip kişiler tarafından yetkilendirilmiş bir kişi olmasıdır. Kanunda yer verilen ikinci koşul ise, araişlerlik için gerekli bilgilerin kullanıma ve erişime açılmamış olmasıdır. Son koşul ise, serbestinin sadece araişlerliğin sağlanabilmesi için gerekli program parça ve unsurları üzerinde kullanılmasıdır.

Görüldüğü üzere; A.B.D. hukukunda adil kullanım serbestisi için aranan kıstaslar, AB hukukunda ve dolayısıyla Türk hukukunda araişlerlik için aranan kıstaslar birbirinden farklılık göstermektedir. Özellikle; kullanımın ticari amaç taşıyıp taşımadığı ve pazar payı üzerine etkisi, kanunumuzda değerlendirilmesi gereken kıstaslar olarak düzenlenmemiştir. *Google v. Oracle* arasında görülen dava Türkiye'de açılmış olsaydı, FSEK düzenlemelerinde adil kullanım serbestisinin bulunmaması sebebiyle uyuşmazlığın çözümünde, araişlerlik serbestisine başvurulması gerekirdi. Araişlerlik serbestisi kapsamında, kodların kopyalanması ancak araişlerliği sağlama amacı güdülmesi halinde mümkündür. FSEK md.38/6'da yer alan araişlerlik serbestisine yönelik kısıtlamalardan da görülebileceği üzere, serbesti kapsamında kullanılabilecek kod kısımları, ancak araişlerliği sağlayacak kısımlarla sınırlandırılmıştır[116]. FSEK kapsamında yapılacak değerlendirmede, *Google*'ın kopyalamasının salt araişlerliği sağlama amacı taşıyıp taşımadığının tespiti önem kazanacaktır. *Oracle*'ın iddia ettiği ve A.B.D. Temyiz Mahkemesi'nin de hükmettiği gibi, *Google*'ın kopyalamasının, araişlerliği sağlama dışında, Java'nın kullanıcılar nezdinde oluşturduğu alışkanlıktan faydalanma amacı güttüğü, teknik olarak tespit edilirse, FSEK kapsamında verilecek kararın *Google* aleyhine olması gerekecektir. FSEK'te yer alan araişlerlik düzenlemeleri, kaynağını AB Direktifinden aldığı için AB hukuku kapsamında Türk hukukundakine benzer şekilde karar verilmesi muhtemeldir.

---

[116] EREL, s.152; ARIKAN, s.375; DALYAN, s.187-188; KAYPAKOĞLU, 126.

SONUÇ

Telif hakları, öncelikli olarak kamu menfaatine hizmet etmekte, bu doğrultuda bilimsel ve teknik ilerlemenin güvence altına alınması gerekmektedir. Bilimsel ve teknik ilerlemeyi güvence altına almak için eser sahiplerine telif hakkı koruması sağlanarak yeni eserler üretme yolunda teşvik edilmektedir. Bununla birlikte; kimi zaman, eser sahiplerine telif hakları ile sağlanan korumanın kapsamı, bilimsel ve teknik ilerleme amacıyla ters düşebilmektedir. Eser sahiplerinin menfaati ve kamu menfaatinin çatıştığı bu gibi durumlarda, kamu menfaati öncelikli olarak gözetilmeli, eser sahibine sağlanan koruma ile kamu menfaati arasında denge sağlanmalıdır. Eser sahibi ve kamu menfaati arasındaki dengeyi sağlayabilmek için bazı hukuki mekanizmalara ihtiyaç duyulmakta; eser sahibine sağlanan koruma alanları içerisinde, bazı istisnai alanlar bırakılarak telif haklarının getirdiği dışlayıcı ve engelleyici etkinin yumuşatılması gerekmektedir. Özellikle; işlevselliğin baskın olduğu hallerde, istisnai alanların kapsamı genişlemeli, bilimsel ve teknik gelişme için kamu menfaati ön plana alınmalıdır.

Bilgisayar sistemlerinin etkin ve verimli çalışmasının kamu menfaatine hizmet ettiği açıktır. Bilgisayar sistemlerinin etkin ve verimli çalışabilmesi için tüm donanım, yazılım, veri ve kullanıcı unsurlarının birbiriyle iletişim ve etkileşim içinde olması gerekmektedir. Anılan bu etkileşim ve iletişim hali, araişlerlik kavramını ortaya çıkarmaktadır. Araişlerliğin sağlanması ile farklı programlar, farklı program unsurları, veriler ve donanım elemanları, etkin ve efektif şekilde, bir arada çalışabilmektedir. Araişlerlik kavramı, bilgisayar programlarının işlevsel yönünün baskın olduğunu bizlere göstermektedir. Bilgisayar programlarının işlevsel yönünün, edebî yönüne kıyasla ağır bastığı gerçeği karşısında; telif haklarının, diğer eser türlerini göz önüne alarak oluşturduğu klasik yaklaşımının, bilgisayar programlarına istisnasız olarak uygulanması mümkün gözükmemektedir.

Araişlerliğin sağlanabilmesi için bilgisayar programlarının bazı unsurlarının kopyalanması, aynı ifade biçimleri ile başka programlar içine yerleştirilmesi gerekebilmektedir. Kanunla düzenlenen araişlerlik serbestisi ile teknik olarak araişlerliğin sağlanabilmesi için üçüncü kişiler lehine, eser sahibine tanınan koruma alanı içerisinde istisnai alanlar bırakılmakta ve anılan kullanımlar, telif hakkı ihlali olmaktan çıkartılmaktadır. Araişlerlik serbestisi, ülkemizde 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 38'de düzenlenmişken A.B.D. hukukunda, DMCA'de yer alan araişlerlik serbestisine ek olarak, A.B.D. Telif Hakları Yasası madde 107'de düzenlenen adil kulla-

nım serbestisi de uygulama alanı bulmaktadır. Kanuni düzenlemelerin bulunmasına rağmen, araişlerlik serbestisinin kapsamının belirlenmesi ve her uyuşmazlığa nasıl uygulanacağı yönünde netlik bulunmamaktadır.

Adil kullanım veya araişlerlik serbestisi altında değerlendirme yaparken, telif haklarının nihai amacı doğrultusunda, kamu menfaati ve eser sahibi arasında kurulmaya çalışılan hassas denge göz önüne alınmalıdır. İşlevsellik gereği gerçekleştirilen kopyalamalar engellenmemeli ancak işlevsel gerekliliğin bulunmadığı, sadece popüler programların oluşturduğu bilinirlikten ticari olarak haksız faydalanmanın önü açılmamalıdır. Bu dengeyi sağlayabilmek için kanımızca kıstas, işlevsel zorunluluk değil ancak işlevsel gereklilik olmalıdır. Kopyalamanın işlevsel olarak tek yol olduğu, yani zorunlu olduğu durumlarda, kopyalanan unsurun telif hakkı korumasından yararlanamaması gerekmektedir. Bununla birlikte; aynı işlevselliğin başka yollarla elde edilebilmesi seçeneği olmakla birlikte, optimum ve makul yolun kopyalama olduğu hallerde, işlevsel gereklilik bulunduğu belirtilmelidir.

Google v. *Oracle* davasında, *Java* API'lerinin bildirici kod kısımlarının, işlevselliğiyle ön planda olduğu ancak aynı işlevselliğin başka şekillerde ve ifade biçimleriyle elde edilebileceği, tartışmasız olarak ortaya konmuştur. Bununla birlikte; Yüksek Mahkemenin, *Java* API bildirici kodlarının telif hakkı kapsamında kabul edildiği yönündeki kararına yönelik tartışmalar bulunmaktadır. Yüksek Mahkeme, Temyiz Mahkemesi, A.B.D. Başsavcılık Makamı ve *Oracle*, *Java* API bildirici kodlarının telif hakkı kapsamında olduğunu öne sürerken Yerel Mahkeme, *Google* ve yazılım sektörünün önemli bir bölümü, telif hakkına sahip olamayacağını savunmuştur.

Java API bildirici kodlarının oluşturulmasında, fikrî çabanın bulunması ve farklı seçenekler arasında, yaratıcı tercihler yapılarak kodların yazılması sebebiyle kodların telif hakkı korumasından yararlandığı sonucuna varılsa da sağlanan korumanın kapsamı geniş tutulmamalı ve içinde araişlerlik istisnası alanları oluşturulmalıdır. Araişlerliğin sağlanabilmesi amacıyla işlevsel yönü ağır basan *Java* API bildirici kodlarının kopyalanmasının, teknik olarak bir zorunluluk oluşturmadığı ancak bir gereklilik hali olduğu görülmektedir. Yüksek Mahkeme, bu doğrultuda, *Google*'ın kopyalamasının adil kullanım kapsamında olduğuna ve telif hakkı ihlali oluşturmadığına hükmetmiştir. Bununla birlikte; *Google*'ın kopyalama ile güttüğü amacın teknik gereklilikten mi kaynaklandığı, yoksa *Java*'nın yıllar boyunca oluşturduğu bilinirlik ve alışkanlıklardan haksız ticari fayda elde etmeyi mi amaçladığı konusundaki soru işaretleri, tam olarak giderilememiştir. Davanın yaklaşık 10 yıl boyunca, 3 farklı

derece mahkemesinde 6 kez ele alındığı ve karşı oyun eleştirileri altında çoğunluk kararıyla sonuçlandırıldığı gerçeği karşısında, soru işaretlerinin tamamen ortadan kaldırılmasını beklemek ise gerçekçi olmayacaktır.

KISALTMALAR

AB : Avrupa Birliği

A.B.D. : Amerika Birleşik Devletleri

API : Uygulama programlama arayüzü (application programming interface)

AÜSBFD: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi

bkz. : bakınız

C. : Cilt

D : daire

DMCA : A.B.D. Dijital Yüzyıl Telif Hakları Yasası (Digital Millenium Copyright Act)

dn. : dipnot

E. : esas

FSEK : 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu

Ibid : Ibidem (adı geçen eserde/yerde)

md. : madde

para. : paragraf

S. : sayı

s. : sayfa

SCOTUS: Supreme Court of the United States

TBBD : Türkiye Barolar Birliği Dergisi

v. : versus

vb. : ve benzeri

vd. : ve devamı

KAYNAKÇA

AB Komisyonu Rekabet Kurulu, Case AT.40099, *Google* Android, 18.07.2018, https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40099/40099_9993_3.pdf, (17.04.2021)

A.B.D. Başsavcılık Makamı Görüşü, Solicitor General of the United States, Brief for the United States as Amicus Curiae, *Google Inc. v Oracle America Inc*., No: 14-410, https://www.justice.gov/sites/default/files/osg/briefs/2015/06/01/14-410_Google_v_Oracle_us_cvsg_brief.pdf, (17.04.2021)

A.B.D. Bölge Mahkemesi (Güney Kaliforniya), *Cain v. Universal Pictures Co., 47 F. Supp*. 1013 (S.D. Cal. 1942), 14.12.1942, https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/47/1013/1799587/ (17.04.2021)

A.B.D. Bölge Mahkemesi Kararı (Kuzey Kaliforniya), *Oracle* America, Inc v *Google* Inc, No. C 10-03561 WHA, 31.05.2012, http://www.groklaw.net/pdf3/OraGoogle-1202.pdf (17.04.2021)

A.B.D. Temyiz Mahkemesi 9. Daire Kararı, *Sony Computer Entertainment v. Connectix Corporation*, 203 F.3d 596 (2000), https://cyber.harvard.edu/people/tfisher/IP/2000%20Sony%20Abridged.pdf, (17.04.2021)

A.B.D. Yüksek Mahkemesi Kararı, *Google, Inc. v. Oracle America, Inc*., Certiorari to the United States Court of Appeals for the Federal Circuit, No: 18-956, 05.04.2021, https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/18-956_d18f.pdf (17.04.2021)

A.B.D. Yüksek Mahkemesi dosya kayıtları, No: 18-956, https://www.supremecourt.gov/docket/docketfiles/html/public/18-956.html, (17.04.2021)

ARIKAN, Ayşe Saadet, "Bilgisayar Programlarının Korunması AB ve Türkiye", **TBBD**, C.3, 1996, 309-381

BAINBRIDGE, David, **Introduction to Information Technology Law**, 6. Baskı, Harlow, 2008

BAND, Jonathan, "Interfaces on Trial 3.0: *Oracle* America v. *Google* and Beyond", **Policybandwith**, Ocak 2019, https://docs.Google.com/a/policybandwidth.com/viewer?a=v&pid=sites&srcid=cG9saWN5YmFuZHdpZHRoLmNvbXxwb2xpY3liYW5kd2lkdGh8Z3g6NDhjMTIxODliMDA2NjUzNQ, (14.02.2021)

BAND Jonathan/ KATOH, Masanobu, **Interfaces on Trial Intellectual Property and Interoperability in the Global Software Industry**, Boulder, Oxford, Westview Press, 1995

CLEMENT Jessica, "Number of Apps Available in Leading App Stores as of 4th Quarter 2019", Statista, 15.01.2020,

https://www.statista.com/statistics/276623/number-of-apps-available-in-leading-app-stores/, (17.04.2021)

DALYAN Şener, **Bilgisayar Programlarının Fikri Hukukta Korunması**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009

EREL Şafak, "Fikri Hukukta Bilgisayar Programlarının Korunması", Prof. Dr. İlhan Öztırak'a Armağan, **AÜSBFD**, C. 49, S. 1-2, 1994, 141-164

Google, Annual Report 2005, http://www.annualreports.com/HostedData/AnnualReportArchive/g/NASDAQ_GOOG_2005.pdf, (17.04.2021)

Google, Annual Report 2007, http://www.annualreports.com/HostedData/AnnualReportArchive/g/NASDAQ_GOOG_2007.pdf, (17.04.2021)

Google, Başvuru Dilekçesi, Brief in Opposition to the Supreme Court of the United States, *Google Inc. v Oracle America Inc*., No: 14-410, https://www.scribd.com/document/249587513/*Oracle*-Supreme-Court-brief (17.04.2021)

Google tarafından A.B.D. Yüksek Mahkemesine sunulmuş 24.01.2019 tarihli dilekçe, Petition for a Writ of Certiorari, https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/18/18-956/81532/20190124110509177_Google%20cert%20petition.pdf, (17.04.2021)

HOLTON Nicholas A., "*Google*, Inc. v. *Oracle* America, Inc.: Supreme Court Declines to Review Reversal of Landmark API Copyright Decision", **Loyola Law Review**, C.62, S.1, 2016, 189-235

HUET Jerome/ GINSBURG Jane C., "Computer Programs in Europe: A Comparative Analysis of the 1991 EC Software Directive", **Columbia Journal of Transnational Law**, C.30, 1992, 327-373

Karşı Oy Yazısı, Hâkim Clarence Thomas, Hâkim Samuel Alito, *Google, Inc. v. Oracle America, Inc.,* On Writ of Certiorari to the United States Court of Appeals for the Federal Circuit, https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/18-956_d18f.pdf, (17.04.2021)

KAYPAKOĞLU, Serhat, **Bilgisayar Programlarının Korunması**, İpekçi Yayıncılık, İzmir, 1997

KILLIAN Robert, "Crossed Signals: Using *Oracle* America, Inc. v. *Google* Inc. to Untangle the Analysis of Software Copyright Protection", **Business and Bankruptcy Law Journal**, C.2, S.2, 2015, 279-310

KRAKOWIAK Sacha, "What is Middleware?", **ObjectWeb**, 2003, http://www.dicionariodeinformatica.dobr.com.br/what_is_middleware.html, (17.04.2021)

MELENDEZ-JUARBE, Hiram, "DRM Interoperability", **Boston University Journal of Science & Technology Law**, C.15, S. 2, 2009, 181-219

MURRAY Andrew, **Information Technology Law**, 2. Baskı, Oxford, Oxford University Press, 2013

MURRAY, Michael D., "Copyright, Originality, and the End of the Scenes a Faire and Merger Doctrines for Visual Works", **Illinois Public Law and Legal Theory Research Papers Series**, Research Paper No. 06-09, 24.05.2006, 1-122

MYLLY Ulla-Maija, "Harmonizing Copyright Rules for Computer Program Interface Protection", **University of Louisville Law Review**, C.48, 2010, 877-909

Open Handset Alliance, "Overview", https://www.openhandsetalliance.com/oha_overview.html, (17.04.2021)

Oracle, The *Java* Tutorials, *Java* Documentation, https://docs.Oracle.com/Javase/tutorial/getStarted/intro/changemylife.html, (17.04.2021)

ÖZTAN Fırat, **Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2008

Rekabet Kurumu Kararı, Dosya Sayısı: 2015-2-36 (Soruşturma), Karar Sayısı: 18-33/555-273, Karar Tarihi: 19.09.2018, https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=7d9ba7e3-2b8f-4438-87a5-26609eab5443, (17.04.2021)

SAGDEO Parth, "Application Programming Interfaces and the Standardization-Value Appropriation Problem", **Harvard Journal of Law & Technology**, C. 32, S. 1, 2018, 235-263

SAMUELSON Pamela, "Reconceptualizing Copyright's Merger Doctrine", **Journal of Copyright Society of the USA**, S.63, 2016, s.419 vd; Lewis R. Clayton, "The Merger Doctrine", The National Law Journal, 06.06.2005, https://www.paulweiss.com/media/1851041/mergerdoct.pdf (17.04.2021)

SULUK Cahit/ KARASU Raif / NAL Temel, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 2. Baskı, Ankara, Seçkin, 2018

TEKİNALP Ünal, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 5. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012

TORREMANS Paul, **Intellectual Property Law**, 7. Baskı, Oxford, Oxford University Press, 2013

WERBIN Barry, "*Oracle* v. *Google*: *JAVA* API Copyrightability Put to the Test in Smartphone Technology Battle", **Landslide**, C.5, S.2, 2012, 13-23

YUSUFOĞLU Fülürya, Bilgisayar Programlarının Hukuki Koruması, (Danışman: Prof. Dr. Hamdi Yasaman), Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2002

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2021; 1: 1277-1388

AVRUPA BİRLİĞİ, AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ VE TÜRK REKABET HUKUKUNDA DİJİTAL PLATFORMLAR: PAZAR TANIMINDA YENİ BİR ÇAĞIN EŞİĞİNDE(*)

Emrah URAN(**)

Öz: İçinde bulunduğumuz yüzyılda dijitalleşen ekonomi sayesinde global dünyanın en değerli kabul edilen firmalarının birer dijital platform olarak faaliyet gösterdiğine tanıklık edilmektedir. Dijital platformların temel işlevi farklı kullanıcı grupları arasındaki etkileşimleri kolaylaştırmaktır. Platformlar zamanla yaygınlaşarak birçok alanı olduğu gibi rekabet hukuku alanını da önemli oranda etkilemişlerdir. Fakat rekabet hukukunun geleneksel araçlarının platformlara nasıl uygulanacağı hususunda halen bazı belirsizlikler bulunmaktadır. Bu belirsizliklerden biri de platformların farklı taraflarına dair pazarın nasıl tanımlanabileceğine ilişkindir. Çalışmamızda söz konusu belirsizliği giderebilmek amacıyla cevabı aranacak ilk soru platformlarda tanımlanabilecek birbirinden ayrı iki pazar mı bulunduğu ya da iki tarafı da kapsayan tek bir pazar mı bulunduğudur. Bu soruya cevap vermek adına platformun farklı tarafları arasındaki dolaylı ağ etkilerinin gücü dikkate alınarak bir ölçüt önerisinde bulunulacaktır. Buna ek olarak çalışmamızda cevabı aranacak diğer bir soru platformun kullanıcılara ücretsiz hizmet verdiği pazarın ticari bir faaliyet olarak kabul edilip edilemeyeceğidir. Bu soruyla bağlantılı diğer sorularsa parasal ödemenin yapılmadığı bir pazarın rekabet otoritelerinin müdahalesine açık bir pazar olarak kabul edilip edilemeyeceği ve kullanıcı verisi gibi diğer ayni ödeme şekillerinin rekabet hukuku açısından bir pazar olarak nitelendirmeye yeterli olup olamayacaklarıdır. Bu soruların tümüne Amerika Birleşik Devletleri, Avru-

(*) Makale Gönderim Tarihi: 08.03.2021. Makale Kabul Tarihi: 30.05.2021.

(**) Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Öğrencisi, LL.M.
Georgetown University Law Center - International Business and Economic Law, LL.M.
Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü - İdare Hukuku, LLB Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
(ORCID no: 0000-0002-2042-0788; *emrahuran@hotmail.com).*

pa Birliği ve Türk rekabet hukuku esas alınarak karşılaştırmalı rekabet hukuku perspektifinden cevap verilmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Pazar Tanımı, Dijital Platformlar, Büyük Veri, Platformlarda Ücretsiz Hizmetler, Karşılaştırmalı Rekabet Hukuku.

DIGITAL PLATFORMS IN THE EUROPEAN UNION, THE UNITED STATES AND TURKISH COMPETITION LAW: ON THE VERGE OF A NEW ERA FOR MARKET DEFINITION

Abstract: In the current century, thanks to the digitalized economy, it can be easily observed that the companies that are considered the most valuable in the global world operate as digital platforms. The main function of digital platforms is to facilitate interactions between different user groups. Platforms have become widespread over time and have significantly affected the field of competition law as well as many others. However, there are still some uncertainties as to how traditional tools of competition law can be applied to the platforms. One of these uncertainties is about how the market can be defined in terms of different sides of the platforms. In order to eliminate this uncertainty in our study, the first question to be answered concerns whether there exist two separate markets that can be defined on the platforms or there is only one market that covers both sides. In order to answer this question, a benchmark will be proposed, taking into account the power of indirect network effects between different parties of the platform. In addition, another question to be answered in our study is whether the market in which the platform provides free services to users can be considered as a commercial activity. Other questions related to this question are whether a market without monetary payments can be regarded as a market open to the intervention of competition authorities and whether other forms of payment in kind, such as user data, are sufficient to qualify as a market in terms of competition law. All of these questions will be answered from the perspective of comparative competition law based on those the United States of America, the European Union and Turkish competition law.

Keywords: Market Definition, Digital Platforms, Big Data, Free Services in Platforms, Comparative Competition Law.

GİRİŞ

Bu yüzyılda artık adını daha sık duyduğumuz "dijitalleşme" olgusu hayatın her alanında önemli değişimlere yol açmıştır, yol açmaya da devam etmektedir. Dijitalleşmenin doğurduğu en önemli sonuçlardan biri de, platform olarak adlandırılan ve bir nevi aracı olarak adlandırabileceğimiz ağla-

rın yenilerinin doğumuna ve mevcutlarının da dijital sistemin bir parçası olmasına neden olmasıdır. Bu değişim, platformların işleyişi ile bağlantılı diğer alanların da söz konusu değişime uyum sağlamasını zorunlu kılmıştır. Bu alanlardan biri de rekabet hukukudur. Platformların uzantısı olarak ortaya çıkabilecek problemler yürürlükteki rekabet hukuku kurallarına göre mi çözülecektir yoksa yeniden gözden geçirilerek revize edilen rekabet hukuku kurallarına mı ihtiyaç bulunmaktadır? Olası problemlere yönelik en yakın ve çabuk çözümün yürürlükteki rekabet hukuku kuralları olduğu düşünüldüğünde, rekabet hukuku bakımından platformları içeren uyuşmazlıklarda cevabı aranan en önemli soru, rekabet hukukunun bugüne değin kullandığı araçların platformlara ne şekilde uyumlu hale getirilebileceği olmaktadır. Zira bu uyumun sağlanamaması halinde tüketicilere yarar sağlayan ve verimli sonuçlar doğuran bir uygulama yanlışlıkla rekabet hukukuna aykırı addedilebilirken, bunun tam tersi durumda tüketicilere zarar veren bir uygulama da yanlış bir gerekçeye dayanarak rekabet hukukuna uygun kabul edilebilir.

Söz konusu olası sonuçlar ile karşılaşmamak adına rekabet hukukunun platformlara uyum sağlamasının zaruri hale geldiği konulardan biri de pazar tanımıdır. Zira pazar tanımının dar veya geniş yapılması halinde, uyuşmazlığa konu edilen uygulamanın rekabet üzerinde meydana getirdiği etkilerin hatasız bir şekilde tespiti imkânı ortadan kalkabilmektedir. Fakat platformları içeren rekabet hukuku uyuşmazlıklarında pazarın ne şekilde tanımlanabileceği hususunda öğretide, üzerinde uzlaşılan genel geçer bir yaklaşıma henüz ulaşılamadığı söylenebilir. Nitekim bu belirsizlik, salt öğretide meydana gelen bir ayrışmanın da ötesine geçerek çalışmamızda da inceleme konusu yapıldığı üzere çok sayıda mahkeme kararına da konu olmuştur. Bu çerçevede çalışmamızın öncelikli amacı dijital platformların uygulamadaki en yaygın görünümü olan iki taraflı platformlardan yola çıkarak platformlarda tanımlanabilecek iki pazar mı bulunduğu ya da iki tarafı da kapsayan tek bir pazar mı bulunduğu şeklindeki soruların cevaplanmasına katkı sağlayabilmektir. Çalışmamızın bir diğer amacı da, platformun taraflarından birinde yaygın bir şekilde görülmeye başlanan kullanıcılara ücretsiz hizmet sunma yönündeki tercihin rekabet hukuku üzerinde yarattığı etkileri ortaya koyabilmektir. Bu konuda, özellikle ücretsiz verilen bir hizmetin bir ticari faaliyet olarak nitelenip nitelenemeyeceği ve dolayısıyla da platformun ücretsiz hizmet sunulan tarafının rekabet hukuku kapsamında bir pazar olarak tanımlanıp tanımlanamayacağı sorularına cevap bulunmaya çalışılacaktır.

Bu amaçlara ulaşabilmek için salt ülkemiz rekabet hukuku sisteminin bu konuya yaklaşımı ile yetinilmeyerek, dünyada rekabet hukuku bakımından kaynak hukuk olarak kabul gören Amerika Birleşik Devletleri (ABD) ve Avrupa Birliği'nin (AB) gerek rekabet otoritelerinin gerekse de yargısal makamlarının bu iki sorunun çözümüne nasıl yaklaştıkları aktarılmaya çalışılacaktır. Buna ek olarak, ABD ve AB'de doktrinin yargısal makamların kararlarına yönelik eleştirileri ile konuya ilişkin çözüm önerilerine de özel olarak yer verilecektir. Platformlarda pazar tanımına ilişkin olarak ortaya çıkan bu iki güncel soruya, karşılaştırmalı rekabet hukuku perspektifinden cevap veya cevaplar bulmaya çalışırken ülkemiz rekabet hukuku sisteminde bahse konu hususlara ilişkin bakış açısına dair de değerlendirmelerde bulunulacaktır.

Bu çerçevede I. bölümde öncelikle ABD, AB ve Türk rekabet hukukunda geleneksel olarak pazarın hangi araçlar kullanılarak tanımlandığı aktarılmaya çalışılacaktır. II. bölümde dijital ekonomi başta olmak üzere dijital platformların yeşerdiği ekonomik yapı ile platformlara yönelik getirilen tanım önerilerine yer verilecektir. Bu noktada dijital platformların alt başlığı olarak çok taraflı platformlar ve uygulamada daha sık karşılaşılan iki taraflı platformların özellikleri hakkında bilgi verilmeye çalışılacaktır. III. bölümde ise ilk olarak, platformların tek bir pazar olarak mı yoksa iki pazar olarak mı tanımlanması gerektiği sorusuna kredi kartı platformu örneği üzerinden cevap aranacaktır. Bu başlık altında öncelikle Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesinin (*Supreme Court of the United States*) (Yüksek Mahkeme) *Ohio v. American Express Co.* (*Amex*) davasına yönelik çoğunluk kararına ve muhalefet görüşüne yer verilecektir. Bu noktada son olarak Yüksek Mahkemenin *Amex* kararında pazar tanımına ilişkin ulaştığı sonuca karşı öğretide yöneltilen eleştirilere özellikle değinilecektir. Bunun ardından, Avrupa Birliği'nin *MasterCard* kararı üzerinde durulacaktır. Son olarak da Rekabet Kurulunun platformlarda pazarı kredi kartı piyasası örneği üzerinden ne şekilde tanımlamayı tercih ettiğini ortaya koyan *Garanti/Halkbank* kararı incelenecek ve bu kararla bağlantılı birtakım önerilerde bulunulacaktır. Bu bölümde ikinci olarak ise, platformlarda ücretsiz hizmet sunan tarafın pazar olarak kabul edilip edilemeyeceği ve dolayısıyla da rekabet hukuku kapsamına girip girmediği hususu incelenecektir. Bu başlık altında öncelikle verinin dijital platformlar için teşkil ettiği önemin nedenleri ve büyük veri kavramının kapsamı ile rekabet üzerindeki etkileri incelenecektir. Sonrasında ABD ve AB rekabet hukukunda rekabet otoriteleri ile mahkemelerin ko-

nuya nasıl yaklaştıkları irdelenecektir. AB başlığı altında Alman Federal Kartel Ofisinin konuya yaklaşımı ile Alman Rekabet Kanununda bu hususa ilişkin yakın bir tarihte yapılan değişikliğin özellikle değerlendirilmesi tercih edilmiştir. Ülkemiz rekabet hukuku bakımından ise Rekabet Kurulunun *Google LLC* kararında getirdiği pazar tanımı üzerinden Kurulun bu konuya yaklaşımı inceleme konusu edilecek ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un bu konuya ne şekilde uygulanabileceği tartışılacaktır. Bu tartışma sonucunda 4054 sayılı Kanun'da bir değişikliğe ihtiyaç olup olmadığına da cevap verilmeye çalışılacaktır.

I. PAZARIN TANIMLANMASI

1. Genel Olarak

Pazar tanımı uygulamada rekabet hukuku açısından büyük bir öneme sahiptir. İlgili pazarın hatalı bir şekilde tanımlanması örneğin bir rekabet otoritesinin ya da bir mahkemenin tüketici refahını artıran bir birleşmeyi engellemesine ya da tüketici refahına zararlı bir birleşme karşısında hareketsiz kalmasına neden olabilir. Bu nedenle pazar tanımı, bir rekabet hukuku davasının ya da regülasyona dayalı bir müdahalenin üzerine inşa edildiği yapı taşı niteliğindedir.[1]

Bu bağlamda ilgili pazar kavramı, rekabet hukukunun global bakımdan istisnasız en karmaşık ve tartışmalı alanlarından biri durumundadır. İlgili pazarın tespiti anlamına gelen pazar tanımı, uyuşmazlık konusu uygulamanın rekabet üzerindeki etkilerinin incelenmesi ve değerlendirilmesi için geniş bir biçimde uygulanan analitik bir sistemdir.[2] Prof. Pitofsky ilgili pazar tanımını, pazar gücünü kullanmaya teşebbüs eden bir grup firmayı veya herhangi bir firmayı pazarın dışına itmek için yeterli bir şekilde birbiri ile ikame edilebilir ürünleri hâlen üreten veya potansiyel olarak üretecek olan bir dizi firmayı tarif etme çabası olarak tasvir etmiştir.[3] İlgili ürün pazarı kullanım amaçları, fiyatları ve özelliklerinden dolayı tüketiciler tarafından

---

1 GERADIN Damien / FILISTRUCCHI Lapo / DAMME Eric Van / AFFELDT Pauline, **Market Definition in Two Sided Markets**, Tilburg Law School Legal Studies Research Paper Series No. 09/2013, s. 3.

2 OECD (2012a) Policy Roundtables-Market Definition, s. 11. http://www.oecd.org/daf/competition/Marketdefinition2012.pdf (Erişim Tarihi: 17.02.2021).

3 PITOFSKY Robert, "New Definitions of the Relevant Market and the Assault on Antitrust", 90 **Columbia Law Review** 1805 (1990), s. 1806.

birbirleri yerine değiştirilebilir veya ikame edilebilir olarak görülen tüm ürün ve hizmetlerden oluşan bir pazar olarak anlaşılmaktadır.[4]

Böylece pazar tanımı rekabet analizleri için bir çerçeve sunmaktadır. Örneğin pazar payları ancak söz konusu pazar tanımlandıktan sonra hesaplanabilmektedir. Buna ek olarak pazara potansiyel girişler dikkate alındığında girilebilecek pazarın tanımlanması gereklidir. Pazar tanımı pazar gücünün değerlendirilmesinde genellikle ilk adım niteliğindedir. Bu nedenle pazar tanımı bir anlaşma, eylem ve birleşmenin rekabet hukuku kurallarının kapsamına girip girmediğinin tespiti sürecinde önemli bir niteliğe sahiptir.[5] Bir başka anlatımla rekabet hukukunda bir anlaşma, eylem veya birleşmenin rekabet üzerindeki etkilerine dönük bir analizin çerçevesini çizmede geleneksel başlangıç noktası etkilenebilmesi muhtemel ilgili pazarın tanımlanmasıdır. Bu adım ilgili rakip teşebbüsler ile talebin tespitine de yardım edebilir.

Bu noktada pazar tanımının icra ettiği ve yukarıda ana hatlarıyla açıklanan fonksiyonun daha doğru tespit edilebilmesi için pazar tanımının amaçlarının belirlenmesi gerekmektedir Öncelikle pazar tanımının ana amacının ilgili teşebbüslerin yüz yüze kaldığı rekabetçi kısıtlamaların sistematik bir şekilde tespit edilmesi olduğu söylenebilir.[6] Rekabetçi kısıtlamalar bir firmanın karşı karşıya kaldığı talep ve arz yönlü ikame gibi kısıtlamalardır.[7] Bu kısıtlamalar diğer firmaların ürün ve hizmetleri tarafından getirilmektedir.[8]

Pazar tanımının amaçlarından bir diğeri ise firmanın fiyatlarını uzun bir süre boyunca rekabetçi seviyenin üzerinden tutabilmesi olarak tanımlanan pazar gücünün bulunup bulunmadığının tespiti ile salt bu gücün değerlendirilmesidir. İlgili firmanın pazar payları pazar gücüne dair bir belirti niteliğindedir.[9] Buradaki fiyatları yükseltme ifadesi, ürün çıktı miktarını sınırlayarak, inovasyonu baskılayarak, mal ve hizmetlerin kalite ve çeşitliliğini azaltarak ya da tüketicileri tercihlerinden mahrum bırakarak rekabetin kısıtlandığı her biri açık bir şekilde tüketici refahına karşı olan halleri de içermekte-

---

4 OECD (2012a), s. 334.

5 Office of Fair Trading (2004), Market Definition Understanding Competition Law, s. 3. https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284423/oft403.pdf (Erişim Tarihi: 17.02.2021).

6 OECD (2012a), s. 334.

7 OECD (2012a), s. 11.

8 OECD (2012a), s. 29.

9 OECD (2012a), s. 11.

dir.[10] Pazar tanımı ayrıca ilgili rakip teşebbüslerin tespitini kolaylaştırdığı gibi birleşmelerdeki potansiyel koordineli etkilere dair riskleri değerlendirmede de fayda sağlamaktadır.[11]

Diğer taraftan "pazarın tanımlanması" kendi içinde birtakım zorluklar da barındırmaktadır. Öncelikle pazarın tanımlanmasının zor olmasının başlıca nedeni farklı lokasyonlarda farklı alıcılar veya alıcı grupları için mevcut bulunan her ürünün fiyat değişimlerine birbirlerinden farklı bir şekilde tepki verecek olmalarıdır. Fakat ürünler benzer olduğu takdirde, anılan sorun ciddi bir problem teşkil etmeyecektir. Zira alıcıların veya potansiyel rakip teşebbüslerin rasyonel hareket ettikleri ve yeterli bilgiye sahip oldukları varsayımı altında, alıcıların çoğunluğu olası fiyat değişimlerinde aynı noktadaki ikame ürünlere yönelecektir. Öte yandan, ürün veya ürün gruplarının benzer olmadığı durumlarda ise ilgili pazar tanımı ürünü ikame edip etmemeye karar verirken ürünün özelliklerinin ve fiyatının önemine göre farklı tutumlar izleyecek farklı tüketici sınıflarının kararlarının toplamına bağlı olacaktır.[12]

Pazarın tanımlanması hususunda, Prof. Pitofsky en güvenilir delilin, geçmişte gerçekleşmiş fiyat değişimlerine cevaben yine geçmişte benimsenmiş alım modellerinin olduğunu ileri sürmüştür. Bu delil, geçmişteki fiyat değişimine karşı alıcıların aniden diğer ürünlere yönelmiş veya rakip teşebbüslerin de (verdikleri kararlarla) vakit geçirmeksizin satış çabalarını bu değişime adapte etmeye çalışmış olup olmadıklarını içerecektir. Bu tipte bir delil mevcut olduğunda, teorik yorumlara dayanmış spekülasyonlardan da önce dikkate alınacaktır.[13]

2. Avrupa Birliği

Avrupa Komisyonu'nun ("Komisyon") kılavuzları Komisyon'un Birlik mevzuatını ve içtihat hukukunu nasıl yorumladığını ortaya koyan yumuşak hukuk enstrümanı niteliğindedir. Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Anlaşma (ABİHA) (*Treaty on Functioning of the European Union*) ile çelişmediği sürece Avrupa Birliği Adalet Divanı ("Adalet Divanı"), Komisyonun sahip olduğu takdir yetkisini ne şekilde kullanacağını göstermek üzere kıla-

---

[10] WHISH Richard / BAILEY David, **Competition Law**, Oxford University Press Seventh Edition, 2012, s. 28.

[11] OECD (2012a), s. 11.

[12] PITOFSKY, s. 1835.

[13] PITOFSKY, s. 1835.

vuz gibi düzenlemeler yapabileceği görüşündedir. Komisyonun düzenleyeceği bu kılavuzların yasal olarak bağlayıcılığı bulunmayıp bizzat Komisyonun kendisi açısından bağlayıcılık taşıdığı söylenebilir.[14]

Avrupa Birliği rekabet hukukunda, Ekim 1997'de Avrupa Komisyonu ilgili pazar tanımına dair temel prensipleri açıklamak için bir Kılavuz kabul etmiştir.[15] Avrupa Birliği'nin bakış açısına göre pazar tanımının ana amacının öncelikle ilgili teşebbüslerin yüz yüze kaldığı rekabetçi kısıtlamaların sistematik bir şekilde tespit edilmesi olduğu söylenebilir. Nitekim söz konusu Kılavuza göre firmalar rekabetçi kısıtlamaların üç ana kaynağına maruz kalmaktadır. Bunlar talep yönlü ikame edilebilirlik, arz yönlü ikame edilebilirlik ve potansiyel rekabettir. Ekonomik perspektiften ilgili pazar tanımı için talep yönlü ikame edilebilirlik, belli bir ürünün tedarikçileri üzerindeki -özellikle de onların fiyatlandırma kararlarına ilişkin olarak- en yakın ve etkin disipline edici gücü meydana getirmektedir.[16] Fakat ilgili pazarın tanımlanabilmesi için talep ve arz yönlü ikame edilebilirliğin her ikisinin de analizi gereklidir. Bu açıdan en zayıf rekabetçi kısıtlama durumundaki potansiyel rekabet ise genellikle rekabete dönük değerlendirmenin en son aşamasında değerlendirilecektir.[17]

Talep ikamesinin değerlendirilmesi tüketiciler tarafından birbirinin ikamesi olarak görülen bir dizi ürünün tespitini gerektirmektedir.[18] İlgili ürünün özellikleri, kullanımı ve fiyatı böyle bir tespitin yapılmasında genellikle önemli faktörlerdir. Talep ikamesini değerlendirmek için yararlanılan klasik ekonomi modeli ise *SSNIP*[19] (*Small but Significant Non-transitory Increase*

---

[14] ROBERTSON Viktoria H. S. E., **Competition Law's Innovation Factor: The Relevant Market in Dynamic Contexts in the EU and the US,** Oxford: Hart Publishing, 2020, s. 49.

[15] Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law, OJ C 372, 9.12.1997. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31997Y1209(01)&from=EN (Erişim Tarihi: 17.02.2021).

[16] Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law, OJ C 372, 9.12.1997. paragraf 13.

[17] OECD (2012a), s. 334. Potansiyel rekabet, bu tür rekabetin efektif bir rekabetçi kısıtlamayı temsil edeceği şartlar, pazara giriş şartlarına ilişkin durum ve faktörlere bağlı olduğu için pazar tanımlanırken dikkate alınmaz. Eğer gerekirse genellikle ilgili pazarın kapsamına giren şirketlerin pozisyonu belirlendiğinde ve bu pozisyon rekabet bakımından endişelere neden olduğunda bu analiz sadece bir sonraki aşamada gerçekleştirilir. Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law, OJ C 372, 9.12.1997. paragraf 24.

[18] Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law, OJ C 372, 9.12.1997. paragraf. 15.

[19] "SSNIP testi özellikle birleşme ve devralmalarda ilgili pazarın tanımlanmasında kullanılmakta olup %5 ya da 10 gibi küçük ama kalıcı fiyat artışları karşısında, müşterilerin tepkilerini

in Price) dır.[20] Birçok davada birbiri yerine değiştirilebilirlik pazarın tüketicilerin perspektifinden incelenmesi ile tespit edilmektedir. Fakat bazı durumlarda pazarın arz yönündeki ikame edilebilirlik derecesinin dikkate alınması da faydalıdır.[21] Kılavuza göre ürün tedarikçilerinin ilgili fiyatlardaki küçük ve kalıcı değişimlere karşı önemli miktarda ek maliyetlere ve risklere maruz kalmaksızın kısa vadede üretimlerini değiştirerek ilgili ürünleri üretebilmeleri halinde[22] ilgili ürün pazarı söz konusu tedarikçilerin hâlihazırda ürettikleri ürünleri de kapsamına alacak şekilde genişletilebilir.[23] Nitekim Kılavuzda kağıt fabrikası örneği üzerinden gidilerek talep bakımından farklı kalitedeki kağıtların her ihtiyaç için doğrudan kullanılamayacağı (örneğin yüksek kaliteli kağıt kullanımı gerektiren kitapların daha düşük kalitedeki kağıtlar ile basılamaması) buna karşın kağıt fabrikalarının önemsiz addedi-

---

ampirik olarak ölçmektedir. İlgili ürün pazarını talep ikamesi yoluyla değerlendiren test de müşteriler, küçük ama kalıcı fiyat artışları karşısında A ürünü yerine B ürününü satın almaya yöneliyorlarsa A ile B ürünleri aynı pazarda sayılmaktadırlar. İlgili pazara dâhil edilen ürünlerin, dâhil olmayan ürünlerin önemli derecede rekabetçi bir baskısına maruz kalmadıkları kabul edilmektedir. Kâr maksimizasyonu yaptığı varsayılan hipotetik bir tekel firmanın ilgili pazara dâhil edilen ürünlerin bugün ve gelecekteki tek sağlayıcısı olduğu bu ürünlerden en azından birinde "küçük ama önemli ve kalıcı" bir fiyat artışı yapabilecek güçte olması beklenmektedir. Ancak diğer yandan, tüketiciler bu fiyat artışı karşısında alternatif bazı ürünlere yönelebilirler. Söz konusu yönelme, tekelci firmanın fiyat artışını karsız hale getirirse, alternative ürünlerin tekelin ürünlerine rekabetçi bir baskı oluşturduğu söylenebilir. Dolayısıyla bu ürünler, tekelci firmanın ürünleriyle aynı pazarda olarak değerlendirilirler. Testin ikinci aşamasında tekelci firmanın, söz konusu alternatif ürünlerin de sahibi olduğu ve aynı orandaki fiyat artışını tekrarladığı varsayılır. Bazı tüketiciler, fiyat artışı karşısında bu ürünler yerine başka ürünleri tercih edebileceklerdir. Ancak bu yönelişe rağmen fiyat artışı tekelci firma açısından karlı sonuçlanırsa, tüketicilerin en son yöneldikleri ürünlerin önemli derecede rekabet baskısı oluşturmadıkları ve ilgili ürün pazarının dışında kaldıkları söylenebilir. Eğer tekelci firma karlılığını koruyamazsa, bu son ürün grubu da firmanın ürün yelpazesine eklenerek teste devam edilir. Böylece karlı fiyat artışı görülene kadar devam eden test sonucunda, testi geçen en dar/küçük ürün grubunun ilgili pazarı oluşturduğu kabul edilebilecektir." ÖZKUL Mehmet Fatih, "İlgili Pazarın Belirlenmesinde Kullanılan Kantitatif Yöntemler ve Güncel Uygulamalar", **Finans Politik&Ekonomik Yorumlar,** Cilt 54, Sayı 624, 2017, s. 19; Örneğin reçeteli uyku hapı üreten iki şirketin teklif edilen bir birleşme örneği üzerinden değerlendirme yapıldığında, reçeteli uyku haplarının tüm markalarını kontrol eden tek bir firma birleşen firmalar tarafından satılan markalardan en azından birinin fiyatında küçük fakat kalıcı bir fiyat artışını kârlı bulursa, o halde reçeteli uyku hapları ilgili bir ürün pazarını meydana getirecektir. Eğer bulmaz ise bu durumda reçeteli uyku haplarının en yakın en iyi ikamesi (next-best substitute) olan reçetesiz uyku hapları aday ilgili pazara eklenecek ve test tekrar edilecektir. KATZ Michael L. / SHAPIRO Carl, "Critical Loss: Let's Tell the Whole Story", **ANTITRUST**, Spring 2003, s. 49.

20 OECD (2012a), s. 334.

21 WHISH / BAILEY, s. 33.

22 Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law, OJ C 372, 9.12.1997. paragraf 15.

23 WHISH / BAILEY, s. 33-34.

lebilecek maliyetlerle kısa bir zaman diliminde farklı kalitede kağıtlar üretebileceği ifade edilmiştir. Bu durumda Kılavuza göre, Komisyon bu şartlar altında her bir kalitedeki kağıt için farklı bir pazar tanımlamamalı, çeşitli kalitedeki bu kağıtları ilgili pazar kapsamında değerlendirmelidir.[24]

ABİHA'nın 101.[25] ve 102.[26] maddeleri bakımından bu konu değerlendirildiğinde, bu maddelerin pazar tanımına ilişkin kılavuzluk etmekten uzak oldukları söylenebilir. Esasında Adalet Divanı verdiği kararlar yoluyla rekabet hukukunun amaçları bakımından ilgili pazarın nasıl tanımlanması gerektiğine dair önemli bir kılavuz vazifesi görmektedir.[27]

Adalet Divanı'nın ilgili pazarın tanımlanması bakımından bir çerçeve çizme teşebbüsünde bulunduğu ilk dava, bir devralma işleminin inceleme konusu yapıldığı *Continental Can* kararıdır.[28] Adalet Divanı'na göre (özellikle hâkim durumun değerlendirilmesinde) ilgili pazarın tanımlanması büyük öneme sahiptir. Bunun nedeni de rekabet üzerindeki etki bakımından sadece ilgili ürünlerin özellikleri dikkate alınarak bir kanıya varılabilir olmasıdır. Zira bu ürünler özellikle esnek olmayan bir ihtiyacı karşılama eğiliminde olup diğer ürünler ile de sadece sınırlı boyutta birbirleri yerine değiştirilebilir niteliktedirler.[29] Adalet Divanı aynı kararda Komisyonun pazar tanımını eleştirerek bir pazarın diğerinden farklı bir pazar meydana getirdiğinin kabulü için ilgili ürünlerin sadece belirli ürünleri paketlemede kullanılmalarının değil aynı zamanda söz konusu üretimi bu amaca ulaşmak için uygun hale getiren belirli özelliklerin de dikkate alınarak karakterize edilmek zorunda olduğunu ifade etmiştir.[30] Böylece Adalet Divanı pazar tanımında sadece talep ikamesinin değil buna ek olarak arz ikamesinin de akılda

---

24 Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law, OJ C 372, 9.12.1997. paragraf 22.

25 Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Anlaşma'nın 101. maddesi ile üye devletler arasındaki ticareti etkileyebilecek nitelikte olan ve amacı veya etkisi iç pazardaki rekabetin engellenmesi, kısıtlanması veya bozulması olan teşebbüsler arası anlaşmalar, teşebbüs birliklerinin kararları ve uyumlu eylemler yasaklanmıştır. https://ab.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf (Erişim Tarihi: 08.04.2021).

26 Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Anlaşma'nın 102. maddesi ile bir veya birden fazla teşebbüsün, iç pazardaki veya iç pazarın önemli bir bölümündeki hâkim durumunu kötüye kullanması yasaklanmıştır. https://ab.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf (Erişim Tarihi: 08.04.2021).

27 ROBERTSON, s. 36.

28 Court of Justice, [1973] ECR 215, [1973] CMLR 199.

29 Court of Justice, [1973] ECR 215, [1973] CMLR 199, paragraf 32.

30 Court of Justice, [1973] ECR 215, [1973] CMLR 199, paragraf 33.

tutulması gerektiğini vurgulamaktadır.[31] Adalet Divanının, bu davada Komisyonun kararını iptal etmesinin başlıca nedeni ise Komisyonun ürünleri üzerinde basit bir uyarlama yapmak suretiyle ikame ürünler üretebilecek diğer rakip teşebbüslerin pazara olası girişlerini bir başka anlatımla arz ikamesi ihtimalini dikkate almada başarısız olmasıdır.[32]

Adalet Divanı *Michelin* kararında[33] ise pazarın tanımlanması bakımından kabul ettiği ölçütleri biraz daha belirginleştirmiştir. Komisyon *Michelin* grubunun Hollanda iştirakı *Michelin NV*'nin büyük boyuttaki kamyonların, otobüslerin ve benzer araçların yenileme lastikleri pazarındaki hâkim durumunu rekabet karşıtı indirim planları yoluyla kötüye kullandığı sonucuna ulaşmıştır. Kararı Adalet Divanına taşıyan *Michelin NV*, Komisyonun pazar tanımına şu iki gerekçe ile itiraz etmiştir. İlk olarak Komisyonun kararını dayandırdığı pazar tanımı tüketicilerin gözünde ağır vasıtaların farklı lastik boyutları ve tipleri birbirleri yerine değiştirilebilir olmadığından fazla geniştir. İkincisi küçük boyuttaki kamyonların ve arabaların lastikleri pazarda benzer pozisyonu işgal etmelerine rağmen bu araçların lastiklerinin mevcut pazar tanımının dışında tutulmasından ötürü mevcut pazar tanımı fazla dardır.[34]

Adalet Divanına göre pazarın tanımlanmasında sadece ilgili ürünlerin objektif özellikleri ile sınırlı olacak bir inceleme yeterli olamayabilir. Rekabete ilişkin koşulların ve pazardaki talep ve arz yapısının da göz önüne alınması gerekmektedir.[35] Bu çerçevede Divan, kullanıcı boyutunda, yenileme lastikleri açısından araba ve küçük boyutlu kamyonlar ile ağır vasıtalar arasında birbirleri yerine değiştirilebilirlik niteliği bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır. Bu nedenle de araba ve küçük boyutlu kamyonların lastiklerinin ağır vasıta lastikleri pazarındaki rekabet üzerinde bir etkileri bulunmamaktadır.[36] Tüm bunlara ek olarak söz konusu her bir ürün grubuna yönelik talep yapısı da farklılık göstermektedir. Şöyle ki, ağır vasıta lastik alıcılarının çoğu taşıma şirketleri başta olmak üzere ticari firmalardır. Bu tip vasıtaların yenileme lastiklerinin satın alımı kayda değer bir harcamayı gerektirmekte

---

31 ROBERTSON, s. 37.

32 EZRACHI Ariel, **EU Competition Law an Analytical Guide to the Leading Cases**, Oxford: Hart Publishing, Fifth Edition, 2016, s. 39.

33 Court of Justice, [1983] ECR 3461, [1985] CMLR 282.

34 Court of Justice, [1983] ECR 3461, [1985] CMLR 282, paragraf 35.

35 Court of Justice, [1983] ECR 3461, [1985] CMLR 282, paragraf 37.

36 Court of Justice, [1983] ECR 3461, [1985] CMLR 282, paragraf 39.

ve sürekli olarak lastik satıcılarından tavsiye veya özel ihtiyaçları karşılayabilecek uzmanlaşmış uzun vadeli hizmet desteği talep edilebilmektedir. Diğer taraftan araba ve küçük boyutlu kamyon lastiklerinin ortalama alıcılarının lastik satın almaları arada sırada meydana gelen bir durum olup alıcılar bir işletme işletse dahi ağır vasıta lastik alıcılarında olduğu gibi uzmanlaşmış tavsiye ve hizmet desteği beklentisi içinde olmamaktadırlar. Bu nedenle ağır vasıta lastiklerinin satışı, araba ve küçük boyutlu kamyon lastiklerinin dağıtımında olduğunun aksine özellikle uzmanlaşmış dağıtım ağının teşekkülünü gerektirmektedir.[37] Divanın bu davada vurgulamak istediği son nokta ise ağır vasıta lastikleri ile araba lastikleri arasında bu iki ürünün üretim tekniklerindeki, fabrikalarındaki ve üretimleri için ihtiyaç duyulan araçlardaki önemli farklardan dolayı arz esnekliğinin bulunmamasıdır.[38]

Yukarıda yer verilen pazarın tanımlanmasında benimsenen prensipler göz önüne alındığında, Adalet Divanının bazen pazarın kapsamını son derece dar tutmayı tercih ettiği söylenebilir. Benzer şekilde Avrupadaki rekabet otoritelerinin de kararlarını dar bir şekilde tanımlanmış ürün pazarlarına dayandırdıkları bilinmektedir.[39] AB rekabet hukuku sisteminin bir diğer yargı mercini oluşturan ve kararları aleyhine Adalet Divanına başvurulabilen Genel Mahkeme de, pazarın tanımlaması bakımından Adalet Divanı'nın yukarıda yer verilen geleneksel yaklaşımını paylaşmaktadır. Buna ek olarak Genel Mahkeme talep-yönlü ikameyi arz-yönlü ikameye göre daha faydalı sınır çizme kriteri olarak kabul etmektedir.[40]

AB rekabet hukukunda pazarın tanımlanması hususunda birbiri yerine yeterli derecede değiştirilebilirlikten ne anlaşılması gerektiği belirsizdir. Adalet Divanı *Hoffmann-La Roche* kararında,[41] ilgili pazar kavramının esasında pazarın bir parçasını oluşturan ürünler arasında etkin bir rekabet olabileceği ve aynı pazarın bir parçasını oluşturan tüm ürünler arasında yeterli derecede birbirleri yerine değiştirilebilirlik bulunduğunun da farzedildiği imasını içerdiğini ifade etmiştir.[42] Bu anlamda sadece yeterli derecede birbiri yerine değiştirilebilir olan ürünler aynı ürün pazarının parçasını oluşturabilir.

---

37 Court of Justice, [1983] ECR 3461, [1985] CMLR 282, paragraf 40.

38 Court of Justice, [1983] ECR 3461, [1985] CMLR 282, paragraf 41.

39 ROBERTSON, s. 38.

40 ROBERTSON, s. 39.

41 Court of Justice, [1979] ECR 461, [1979] 3 CMLR 211.

42 Court of Justice, [1979] ECR 461, [1979] 3 CMLR 211, paragraf 28.

Yeterli derecenin ne olduğu hususu bir yorum meselesi olarak kalmaya devam etmektedir. Şu ana kadar hiçbir mahkeme uygun olduğunu düşündüğü değiştirilebilirlik derecesini gösteren açık bir test ortaya koyamamıştır.[43]

ABİHA'nın 101. maddesi rekabeti kısıtlama amacına veya etkisine sahip rekabet karşıtı anlaşmaları yasaklamaktadır. Potansiyel olarak rekabet karşıtı bir anlaşmanın analizi ilgili pazarda rekabetin bir bütün olarak gerçekleşip gerçekleşmediğine, nasıl gerçekleştiğine ve soruşturmaya konu edilen anlaşmanın bu açıdan nasıl bir etkisinin bulunduğuna bakılması ihtiyacını doğurmaktadır. Adalet Divanı uzun süredir (uyuşmazlık konusu) anlaşmaların da, yine bu anlaşmaların ekonomik ve hukuki bağlamında değerlendirilmesi gerektiği yönünde karar vermektedir. Bu nedenle ilgili pazar, olası rekabet karşıtı etkilerin analizinin ayrılmaz bir parçasını oluşturmaktadır. Nitekim Genel Mahkeme *Ziegler SA* kararında,[44] Avrupa Komisyonu'nun bir kartele katılmak yoluyla ABİHA'nın 101. maddesinin ihlal edildiği yönünde verdiği karara yönelik incelemesinde, pazarın tanımlanmasının bu vazgeçilmez niteliğine önemli bir vurguda bulunmuştur. Komisyon söz konusu kararında, bir kartel yapılanmasının amacının rekabeti kısıtlamak olması nedeniyle böyle bir durumda ilgili pazarı tanımlamak gerekmediğini ileri sürmüştür.[45] Genel Mahkeme ise bu yaklaşımı kabul edilir bulmamıştır. Zira anılan Mahkemeye göre, bir anlaşmanın ABİHA'nın 101. maddesinde hükme bağlanan yasaktan kaçabilmesi sadece bu anlaşmanın rekabete getirdiği kısıtlamanın ya da üye devletler arasındaki ticaret üzerinde neden olduğu etkinin önemsiz addedilebilecek derecede olması halinde mümkün olabilecektir.[46] Bu noktadan hareketle Mahkeme, Komisyon'un, incelemeye konu anlaşma veya uyumlu eylemin üye devletler arasındaki ticareti etkileyebilecek nitelikte olup olmadığının ve amacının veya etkisinin iç pazardaki rekabetin engellenmesi, kısıtlanması veya bozulması olup olmadığının tespit edilebilmesinin bir pazar tanımı yapılmaksızın mümkün olmadığı durumlarda, pazarı tanımlama yükümlülüğü bulunduğuna karar vermiştir.[47]

Diğer taraftan Komisyon ABİHA'nın 101. maddesi gereğince soruşturma konusu olamayacak belirli anlaşma kategorileri için belli pazar payı eşiklerinin geçilmemesi şartıyla bağlayıcı nitelikte grup istisnası düzenlemeleri yayınlamış-

---

43 ROBERTSON, s. 39-40.

44 General Court, [2011] ECR II-3507, [2011] 5 CMRL 9.

45 General Court, [2011] ECR II-3507, [2011] 5 CMRL 9, paragraf 41-42.

46 General Court, [2011] ECR II-3507, [2011] 5 CMRL 9, paragraf 44.

47 Case T-62/98 Volkswagen v. Commission [2000] ECR II-2707, paragraf 230. (naklen General Court, [2011] ECR II-3507, [2011] 5 CMRL 9, paragraf 45).

tır. Söz konusu pazar payı eşikleri ilgili pazardaki pazar paylarının hesaplanmasını da gerekli kılmaktadır. Nitekim Adalet Divanı *Ziegler SA* kararında, herhangi bir pazar tanımının yokluğunda bir pazar payının söz konusu eşikleri aşıp aşmadığını tetkik edebilmenin mümkün olmadığını açıkça ifade etmiştir.[48] Öte yandan bir anlaşma ABİHA'nın 101. maddesini ihlal ettiği ve blok istisnalar kapsamına da girmediği takdirde, bu anlaşmanın 101. maddenin (3) numaralı fıkrasında düzenlenen istisnanın kapsamına girme imkânı da bulunmaktadır. Bu fıkradaki istisnanın uygulanmasının şartlarından biri de uyuşmazlık konusu anlaşmanın taraflara ilgili pazarın önemli bir parçasını rekabetten mahrum bırakma imkânı sağlayacak bir pozisyon bahşetmemesidir. Böylesine bir değerlendirme en azından ilgili pazarın tanımlanmasını da gerektirir.[49]

İlgili pazarın tanımlanması hususu, ABİHA'nın 101. maddesi ile karşılaştırıldığında hâkim durumun kötüye kullanılmasını yasaklayan ABİHA'nın 102. maddesi uygulamasında çok daha önemli hale gelmektedir. Hatta Genel Mahkemeye göre pazarın tanımlanması 102. madde ihlali iddiasını içeren davalarda atılacak ilk adım niteliğindedir. Hâkim durumun kötüye kullanılması böyle bir hâkim durumun var olduğu ön şartına bağlıyken ilgili pazarda hâkim durumun bulunduğunun tespiti ise pazarın tanımlanması ön şartına bağlıdır.[50]

Birleşmeden kaynaklanan rekabet hukuku uyuşmazlıklarında da, pazarın tanımlanması çok önemli bir yer tutmaktadır. Adalet Divanı ilgili pazarın doğru bir şekilde tanımlanmasının yoğunlaşmanın rekabet üzerindeki etkisine ilişkin herhangi bir değerlendirme için gerekli bir önkoşul olduğu kanaatini taşımaktadır.[51]

Yukarıda yer verilen açıklamalarımız çerçevesinde, AB rekabet hukuku sisteminde pazarın tanımlanmasının üç ana fonksiyonu icra ettiği söylenebilir. İlk olarak pazarın tanımlanması pazar gücünü belirlemek için temel bir dayanak noktası niteliğindedir. İkinci olarak yukarıda değinilen hukuki sonuçlara bağlanan pazar eşiklerinin tespiti de, öncesinde pazarın tanımlanmasını zorunlu tutmaktadır. Son olarak da ilgili pazar, incelemeye alınan davranış için gerekli ekonomik ortamı sağlayacaktır.[52]

---

48 Case C-439/11 P *Ziegler v Commission* EU:C:2013: 513, paragraf 63.

49 ROBERTSON, s. 43.

50 ROBERTSON, s. 44.

51 C-30/95 France v Commission (Kali & Salz) EU:C:1998: 148, paragraf 143. [naklen ROBERTSON, s. 44].

52 ROBERTSON, 48.

3. Amerika Birleşik Devletleri

Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi *Times-Picayune* kararında[53] her ürünün ikamelerinin mümkün bulunduğunu, fakat bir ilgili pazarın böylesine sonsuz bir aralığı kapsamına alamayacağını vurgulamıştır. Mahkemeye göre çember, çapraz talep esnekliği az olan diğer ürünleri dışarıda bırakacak şekilde dar bir biçimde çizilmek zorundadır.

Sherman Yasasının 1. bölümü gereğince mahkemeler geleneksel olarak "*per se illegality*"[54] ("*per se*") veya "*rule of reason*"[55] testlerini kullanarak kısıtlamaları analiz etmektedir. *Per se* analizi belirli tipteki anlaşmaları yol açtıkları sonuçlar değerlendirmeksizin hukuka aykırı addetmektedir. Genel olarak "*per se*" testinin uygulandığı davalarda pazarın tanımlaması şart koşulmamaktadır.[56] Bunun aksine "*rule of reason*" analizinin tatbiki, uyuşmazlık konusu kısıtlamanın doğru bir şekilde tanımlanmış ilgili pazardaki rekabet üzerindeki etkisinin detaylı bir şekilde incelenmesini gerektirmektedir. Bu bağlamda, *rule of reason* analizinde pazarın tanımlanması ve pazar gücü tespiti önemli hâle gelmektedir. Çünkü pazarın tanımlanması ve pazar gücünün tespiti iddia konusu edilmiş kısıtlamanın rekabet karşıtı etkilerinin değerlendirilmesinde yararlı bir delil sağlayacaktır.[57]

Nitekim Yüksek Mahkemenin *rule of reason* ve *per se* hukuka aykırılık analizleri ile pazar gücü ve dolayısıyla pazarın tanımlanması gereksinimine dönük yaklaşımı farklı olabilmektedir. Yüksek Mahkeme uzun süredir, pa-

---

53 Times-Picayune Publ'g v. United States, 345 U.S. 594, 612 n.31 (1953).

54 "*Per se illegality* kuralı Yüksek Mahkeme tarafından yaratılmış ve belirli ticari uygulamaları yasaklayan, mahkemeler tarafından uygulanan bir testtir. Yüksek Mahkeme Sherman Yasası'nın yürürlüğe girdiği 1890 yılından itibaren önüne gelen davalarda belirli bir grup uygulamanın otomatik olarak makul olmadığına karar vermiştir. Zira bu gruba giren anlaşmaların hemen hemen her zaman ticaretin önemli ölçüde kısıtlanmasına neden olduğu kabul edilir." *Per se illegality* hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. URAN Emrah, **Amerika Birleşik Devletleri Rekabet Hukuku Teori ve Uygulama**, Oniki Levha Yayınları 2019, s. 42.

55 "Yüksek Mahkeme makul olmayan bir şekilde ticareti kısıtlayan anlaşmaların tespitine yönelik genel bir standart belirlemiştir. *Rule of reason* şeklinde adlandırılan bu standarda göre ticaret üzerindeki rekabet karşıtı etkisi rekabet yanlısı etkisinden daha fazla olan bir uygulama Sherman Yasası'nın 1. bölümüne aykırı kabul edilmiştir." *Rule of Reason* hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. URAN, s. 38.

56 Davacının, *per se* hukuka aykırılığın mevcut olduğunun kabul edildiği hallerde *rule of reason* analizini gerektiren ihlallerden farklı olarak pazarın tanımlanmasına gerek olmadığı şeklindeki iddiası Mahkemece doğru bulunmuştur. Mercedes-Benz Antitrust Litig., 157 F. Supp. 2d 355, 359 (D.N.J. 2001).

57 SALOP Steven C., "The First Principles Approach to Antitrust, Kodak, and Antitrust at the Millenium", 68 **Antitrust Law Journal**, 187, (2001), s. 190.

zar tanımı ve pazar gücüne dönük yapılan incelemelerin amacının, bir uygulamanın rekabet üzerinde gerçek zararlı etkiler meydana getirme potansiyelinin olup olmadığına ve ürün çıktısı miktarındaki azalma gibi gerçekleşen zararlı etkilere ilişkin kanıtın pazar gücüne dair yapılması beklenen incelemeyi gereksiz hâle getirip getirmediğine karar vermek olduğunu kabul etmektedir.[58] Dolayısıyla rekabet üzerinde gerçekleşen kesintisiz zararlı etkilerin bulunduğunun tespit edilmesi, itiraz edilen kısıtlamanın ayrıntılı bir pazar analizinin yokluğunda dahi makul olmadığı yönünde ulaşılacak bir tespiti desteklemek için hukuken yeterlidir.[59] Yüksek Mahkeme Sherman Yasası gereğince *per se* analizinin kapsamına giren davalarda pazar analizi yapılmasında hiçbir şekilde ısrar etmemektedir.[60]

Amerika Birleşik Devletleri rekabet hukuku sisteminde ise federal rekabet otoriteleri olarak adlandırılan Federal Ticaret Komisyonu (*Federal Trade Commission*) ve Adalet Bakanlığının Antitröst Bölümü (*The United States Department of Justice Antitrust Division*) ile zararlarının tazmini için dava yoluna başvuran davacıların, rekabetin kendisinin ya da rekabetçi sürecin zarara uğradığını kanıtlamaları gereklidir. Bazı davalarda özellikle de rakip teşebbüsler arasında açık fiyat tespiti içeren durumlarda, kanıtlanması şartı getirilen zararın uyuşmazlık konusu davranışın doğasından dolayı var olduğu kabul edilir. Mahkemeler böyle davalarda geleneksel olarak pazar gücünü ve tekel gücünü incelemekte, davalıların tanımlanmış bir ilgili pazardaki payı da söz konusu analizde önemli bir rol oynamaktadır.[61]

Buna karşın bazı durumlarda mahkemeler rakip teşebbüsler arasındaki Sherman Yasası'nın 1. bölümü kapsamına giren işbirliğinin hukuka aykırılığını değerlendirmek için ilgili pazarları tanımlamak yerine doğrudan zararı ortaya koyan kanıta dayanmayı tercih edebilmektedirler.[62] Örneğin Yüksek Mahkeme *NCAA v. Board of Regents of University of Oklahoma* kararında[63] 1981 yılında Ulusal Kolej Spor Birliğinin (*National Collegiate Athletic Association*, "NCAA") üye kuruluşları arasında 1982-1985 sezonlarındaki kolej Amerikan futbolu (futbol) maçlarının canlı olarak televizyonda yayın-

---

58 CAVANAGH Edward D., "Antitrust Law and Economic Theory: Finding a Balance", 45 **Loyola University Chicago Law Journal** 123 (2013), s. 151.

59 CAVANAGH, s. 151.

60 CAVANAGH, s. 151.

61 OECD (2012a), s. 321.

62 OECD (2012a), s. 321.

63 NCAA v. Board of Regents of University of Oklahoma 468 U.S. 85 (1984).

lanmasının bu futbol maçlarını sahada izlemeye giden seyirci sayısı üzerindeki zararlı (azaltıcı) etkilerini azaltmak amacıyla kabul ettiği söz konusu maçların televizyon yayınına yönelik yeni planın Sherman Yasası'nın 1. bölümününe aykırılık taşıyıp taşımadığını incelemiştir. Buna göre plan, televizyonda yayınlanacak kolej futbolu maçlarının toplam sayısını ve her bir kolejin televizyonda yayınlanacak maç sayısını sınırlandırmaktadır.[64] Söz konusu davada NCAA, anılan televizyon planının rekabet karşıtı kayda değer bir etkisinin olamayacağını, çünkü kendisinin pazar gücü olmadığını iddia etmiştir. Yüksek Mahkeme bu savunmayı reddetmiştir. Mahkeme hukuki bakımdan yaptığı değerlendirme sonucunda, pazar gücünün bulunmamasının fiyat ve ürün çıktı miktarı üzerinde doğrudan yapılmış bir *naked* kısıtlamayı[65] haklı gösteremeyeceğini ifade etmiştir. Dava konusu plan, Sherman Yasası'nın fiyat ve ürün çıktı miktarının tüketici tercihlerine duyarlı olması yönündeki emrine aykırıdır. Mahkeme bu tip bir davada, hiçbir zaman pazar gücünün ispatlanmasını şart koşmadığını belirtmiştir.[66] Böylece Mahkeme bu kararında *per se* analizini uygulamaktan kaçınmasına rağmen, NCAA'nın kendisinin pazar gücüne sahip olmadığı şeklindeki savunmasını kategorik olarak reddetmiş ve hukuki bakımdan pazar gücünün yokluğunun fiyat veya ürün çıktısı üzerine getirilmiş naked bir kısıtlamayı haklı kılamayacağına karar vermiştir.[67] Yüksek Mahkeme bahse konu *NCAA* kararında buna ek olarak, fiyat ve arzın tüketici tercihlerine duyarlı olmadığı durumda, pazar gücü kanıtını zorunlu tutmayacağına da karar vermiştir.[68]

Aynı şekilde Yüksek Mahkeme *Federal Trade Commission v. Indiana Federation of Dentists* kararında,[69] Indiana Diş Hekimleri Federasyonu'nun ("Federasyon") kendisine üye diş hekimlerinin, sigortacıların hastalarına ait diş röntgeni filmlerinin kendilerine verilmesi yönündeki taleplerini yerine getirmelerini yasaklayan kararının, ticaretin makul olmayan bir şekilde kısıtlanması anlamına gelip gelmediğini incelemiştir. Anılan davada Federasyon, Federal Ticaret Komisyonu tarafından dava konusu edilen uygulamanın (Federasyonun kolektif şekildeki reddi) hangi pazarda gerçekleştiğini gös-

---

64 URAN, s. 85-86.

65 "'*Naked*' kısıtlamalar telafi edici herhangi bir faydadan yoksun olan kısıtlamalar olarak tanımlanabilir." URAN, s. 24.

66 URAN, s. 88.

67 CAVANAGH, s. 151.

68 CAVANAGH, s. 151.

69 Federal Trade Commission v. Indiana Federation of Dentists 476 U.S. 447 (1986).

termek adına Komisyon tarafından ürün pazarının ve bu pazarda federasyon üyelerinin pazar gücünün bulunup bulunmadığının belirlenmesi gerektiğini ve fakat bu gerekliliğin yerine getirilmediğini ileri sürmüştür. Yüksek Mahkeme ise bu argümanın *NCAA* kararında vardığı sonuçlar ile tamamen çeliştiğini belirtmiştir. Söz konusu kararda, pazar gücünün mevcut olduğuna ilişkin kanıtın bulunmamasının, fiyat ve ürün çıktısı üzerinde *naked* bir kısıtlama öngören kısıtlamayı haklı göstermeyeceğini vurguladığını hatırlatmıştır. Dolayısıyla, detaylı bir pazar analizinin yokluğunda bile fiyat ve ürün çıktısı üzerinde böylesine etki yaratan bir kısıtlama, (davalı tarafından) rekabet yanlısı birtakım gerekçelerin ileri sürülmesini zorunlu kılmaktadır. Mahkeme bu tutumuna gerekçe olarak ise pazarın ve pazar gücünün belirlenmesinin amacının, kısıtlamanın rekabet üzerinde gerçekten zararlı bir etki yaratma potansiyelinin bulunup bulunmadığını tespit etmek olmasını göstermiştir. Bu nedenle bir pazardaki ürün çıktısı miktarının azalması hâlinde, zararlı bir etkinin bulunduğu ispat edilmiş olacağından bu durum artık pazar gücünün araştırılması ihtiyacını gereksiz hâle getirecektir. Yüksek Mahkeme ayrıntılı olarak açıkladığı bu tutumunu davaya uyguladığında da, dava konusu uygulamanın ayrıntılı bir pazar analizinin yokluğuna rağmen makul olmayan bir kısıtlama olduğuna karar vermiştir. Mahkeme diş tedavisi hizmetinin görece yerel düzeyde verilen bir hizmet olduğu yönündeki gerçeklik ışığında, tespit edilen bulgulardan, dava konusu kısıtlamanın Federasyon üyesi diş hekimlerinin hâkim durumda oldukları alandaki rekabet üzerinde kesintisiz biçimde zararlı bir etki yarattığı sonucuna varmıştır.[70]

Yukarıda yer verilen kararlara karşın bir federal temyiz mahkemesi rekabet karşıtı etkilere ilişkin doğrudan kanıtların, tam olarak tanımlanmış bir ilgili pazarın olağan bir şekilde ortaya konulmasından kaçınmaya neden olabileceğini ve fakat davacının hala ilgili bir pazarın ana hatlarını ortaya koymak zorunda olduğu şeklinde bir karar vermiştir.[71] Nitekim son dönemdeki "*rule of reason*" testinin tercih edildiği alt derece federal mahkeme kararlarında davalının pazar gücüne sahip olduğunun ortaya koyulmasının zorunluluğu ile bağlantılı olarak pazarın tanımlanması gerektiği de ifade edilmektedir.[72]

---

70 URAN, s. 74-76.

71 Republic Tobacco Co. v. North Atlantic Trading Co., Inc., 381 F.3d 717, 737 (7th Cir. 2004). [naklen OECD (2012a), s. 323].

72 Behrend v. Comcast Corp., 655 F.3d 182, 192 (3d Cir. 2011) [naklen OECD (2012a), s. 323].

Pazarın tanımlanması hususu Sherman Yasası'nın 2. bölümü kapsamında tekelleşme ve tekelleşmeye teşebbüs bakımından değerlendirildiğinde ise davalının tekel gücüne sahip olup olmadığı veya bu gücü elde etme pozisyonunda olup olmadığının tetkik edilmesi gerekmektedir. Mahkemeler geleneksel olarak tekel gücü hususunu bir ilgili pazar bağlamında incelemeyi tercih etmektedir.[73] Bir davalının tekel gücüne sahip olup olmadığını tespit edebilmek için öncelikle ilgili pazarın belirlenmesi gerekmektedir. Pazarın tanımlanması, genellikle tekelleşme davalarının neticesini de belirleyecektir. Davacı, davalının pazarda hâkim bir oyuncu görünmesini sağlayacak dar kapsamlı bir pazar tanımının kabul edilmesi gerektiğini iddia edecektir. Buna karşın davalı, doğal olarak kendi pazar payını oldukça küçük hâle getirecek daha geniş kapsamlı bir pazar tanımının benimsenmesi gerektiğini iddia edecektir. Zira böylece söz konusu küçük pay kendisinin tekel gücü bulunmadığını gösterebilecektir.[74]

Bazı mahkemelerin yakın tarihli kararlarında, tekel gücünün doğrudan delilinin kullanılması çağrısında bulunulmakta ve böyle bir delilin ilgili pazarın tanımlanması ihtiyacını bertaraf edebileceği ileri sürülmektedir.[75] Fakat mahkemelerin çoğunluğu tekel gücünün doğrudan delilini kararlarına önemli oranda dayanak almamayı tercih ettiğinden, ekonomi bilimi tarafından sağlanan analitik araçlar tekel gücünü ispatlamada veya ispatlamamada yaygın bir şekilde kullanılmamaktadır. Bunun bir nedeni de, tekel gücünün hukuki bir kavram olması ve de ekonomi biliminin pazar gücünün ne zaman tekel gücü seviyesine yükseldiğine dair bir test önermemesi olabilir. Mahkemeler bunun yerine, bu seviyeyi genellikle bir hâkim pazar payı ile ilişkilendirmektedir.[76]

Bir birleşme soruşturmasında pazar tanımının rolü ise birleşmenin şartlarına bağlı olarak değişiklik göstermektedir. Buna göre bir devralmanın rekabet üzerindeki etkilerini bazen bir ürün pazarını tanımlamadan önce

---

[73] OECD (2012a), s. 324.

[74] LEMLEY Mark A. / LESLIE Christopher R., **Gilbert Law Summaries Antitrust**, Thomson West 2010, s. 39.

[75] "*Tekel gücünün varlığı rekabetçi fiyatın üzerindeki fiyatlamalar ve kısıtlanmış ürün çıktısına yönelik doğrudan kanıtlar yoluyla kanıtlanabilir*." Broadcom Corp. v. Qualcomm Inc., 501 F.3d 297, 307 n.3 (3d Cir. 2007) [naklen OECD (2012a), s. 324].

[76] OECD (2012a), s. 324. Mahkeme kararları incelendiğinde, mahkemelerin özellikle davalının pazar payının %70'i aştığı durumlarda tekel gücünün varlığını kabul etme eğiliminde olduğu görülmektedir. Örneğin *United States v. Microsoft Corp.* 534 U.S. 952 (2001) kararında ABD Yüksek Mahkemesi davalı Microsoft'un %95 pazar payını, *United States v. Aluminum Co. of America* kararında ise %90 oranını, *Heatransfer Corp. v. Volkswagenwerk, A.G.*, 553 f 2d. 964, 981 (5th Cir. 1977) kararında ise %71-%76 pazar payını tekel gücü çıkarımında bulunabilmek için yeterli addetmiştir. URAN, s. 301.

değerlendirmek mümkün olabilir. Ekonomi literatürünün büyük bir kısmı son 20 yılda oldukça gelişmiş ve bu durum mahkemelerin ve federal rekabet otoritelerinin birleşmelerin rekabet üzerindeki muhtemel etkilerini - özellikle de bu birleşmeler farklılaştırılmış ürünler içerdiğinde ve altta yatan rekabet karşıtı teori tek taraflı etkiler olduğunda- değerlendirmesine yardım etmiştir. Bu literatür sapma oranlarına[77] (*divertion ratios*) ilişkin analitik araçlar ile tanışılmasını sağlamıştır. Eğer bir birleşmenin muhtemel etkileri böyle analitik araçlar kullanılarak pazarlar tanımlanmaksızın değerlendirilebiliyorsa o halde bu pazarların tanımlanmasının önemi de azalacaktır.[78] Buna karşın prensip olarak pazarın tanımlanması gereksiz olsaydı dahi uygulamada pazarın tanımlanması genellikle gerekli olurdu. Zira birleşme davalarında kaullanılan analitik araçlar, sapma oranının güvenilir bir şekilde ölçülemediği durumlarda sınırlı bir değere sahip olmaktadır.[79]

4. Türkiye

Pazarın tanımlanması, ülkemizde rekabet hukuku ve politikasının etkin bir şekilde uygulanması için olmazsa olmaz bir şart niteliğindedir. Özellikle de yoğunlaşmada ve tek taraflı davranışlardan doğan davalarda ilgili pazarı tanımlamak, bir yoğunlaşmanın veya belirli bir davranışın hâkim bir pozisyon meydana getirip getirmediği ve/veya kötüye kullanma niteliğinde bir davranışa sonuç verip vermediği ya da hâkim durumdaki bir teşebbüsün belirli bir davranışının bir kötüye kullanmaya yol açıp açmadığını incelemeden önceki atılacak ilk adım durumundadır. Bu bağlamda, bir pazarı tanım-

---

[77] Sapma oranları tek taraflı etkilerin analizinin ayrılmaz bir parçası niteliğindedir. Sapma oranı bir firmanın müşterilerin yöneleceği diğer bir ikame ürünü de hâlihazırda üretmesi dolayısıyla bu firmanın mevcut bir ürününün çıktı miktarı üzerinde ne kadarlık bir azalışın aynı ürünün fiyatı üzerinde ise kârlı bir şekilde ne kadarlık bir artış yapabileceğini ölçmektedir. Örneğin A ürününü üreten A firması ile B ürününü üreten B firması arasındaki bir birleşmede A ürününün fiyatı yükseltilirse bu ürün belli bir oranda satış kaybı yaşayacaktır. Bu satış kaybının B ürününe yönelen oranı da A firmasından B firmasına yönelik sapma oranını meydana getirecektir. Daha somut bir şekilde açıklanırsa, diğer ürünlerin fiyatlarının sabit kaldığı ihtimalinde A firması ürün fiyatını %5 artırdığında 100 ünite satış kaybı yaşayacak ve B firması ise satışlarını 20 ünite artıracaktır. Bu durumda sapma oranı 0.2 olacaktır. Yüksek sapma oranı ürünlerin tüketiciler tarafından birbirlerine yakın ikame olarak görüldüklerini göstermektedir. A ürününden B ürününe yönelik sapma oranı büyüdükçe birleşmiş firmanın (A ve B firmalarından meydana gelen) satış kaybı da azalacaktır. Zira birleşme sonrası A ürünün fiyatları artırıldığında bu ürünün satış kayıplarının büyük bir kısmı B ürününe yeni satış olarak yansıyacaktır. **ABA Section of Antitrust Law, Mergers and Acquisitions: Understanding the Antitrust Issues**, 3. Baskı, 2008, s. 174-175.

[78] OECD (2012a), s. 325.

[79] OECD (2012a), s. 328.

lamanın amacı (hem ürün hem de coğrafi boyutlarıyla) rakip firmaların inceleme konusu teşebbüslerin davranışlarını kısıtlama ve anılan teşebbüslerin verimli rekabetçi bir baskıdan bağımsız şekilde davranmalarını engelleme gücüne hangi oranda sahip olduklarını belirlemektir.[80]

Bu nedenle de ilgili pazarın tanımlanması 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesinin ve 7. maddesinin uygulanmasında özel bir öneme sahiptir. Genel olarak rekabet hukukunda ilgili pazar kavramı diğer alanlardaki bir pazarı açıklamak için kullanılan kavramlardan bir şekilde farklıdır. Bu nedenle Rekabet Kurumu, bir pazarın tanımlanmasında kullanılacak metodları ve Rekabet Kurulu tarafından verilen kararlarda benimsenen kriterleri ifade etmek ve bu yolla teşebbüslerin karşı karşıya kalabileceği belirsizlikleri en aza indirmek amacıyla "*İlgili Pazarın Tanımına İlişkin Kılavuz*"u[81] yayınlamıştır.[82] Söz konusu Kılavuzda pazarın tanımlanmasının temel ilkeleri AB Rekabet Hukuku sistemine benzer şekilde sırasıyla talep ikamesi, arz ikamesi ve potansiyel rekabet şeklinde sayılmıştır.

Rekabet Kurumu tarafından yayınlanan söz konusu Kılavuzda yer verilen önemli hususlardan biri de ilgili pazarın tanımında dikkate alınan kriterlerdir. İlgili ürün pazarının tanımlanmasında öncelikle mevcut bilgilere veya olaya taraf teşebbüsler tarafından sunulan bilgilere dayanarak olası ilgili pazarlara ilişkin bir ön görüş oluşturulduğu ifade edilmiş ve söz konusu ön görüşün alternatif ürünlerin birbirinin ikamesi olup olmadığı bakımından önem arz ettiği özellikle ifade edilmiştir.[83] Buna ek olarak Rekabet Kurulu'nun iki ürünün talep yönünden birbirinin ikamesi olup olmadığını değerlendirirken dikkate alacağı kriterler şu şekilde sınıflandırılmıştır: 1) Yakın geçmişte ürünlerin birbirini ikame ettiğine ilişkin bulgular 2) Özel olarak pazarı belirlemek için geliştirilmiş nicel testler 3) Müşterilerin ve rakiplerin görüşleri 4) Tüketici tercihleri 5) Talebin potansiyel ikame ürünlerine kaydırılmasıyla ilgili maliyet ve engeller.[84]

4054 sayılı Kanun'un 7'nci ve 27'nci maddelerine dayanılarak çıkarılan "*Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hak-*

---

80 OECD (2012a), s. 307.

81 https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/kilavuzlar/ilgili-pazarin-tanimlanmasina-iliskin-kilavuz1.pdf (Erişim Tarihi: 17.02.2021).

82 OECD (2012a), s. 307.

83 İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz, s. 4-5.

84 İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz, s. 5-6.

kında Tebliğ"de de önemli açıklamalara yer verilmiştir. Tebliğde ilgili ürün pazarının tespitinde, tüketicinin gözünde fiyatları, kullanım amaçları ve nitelikleri bakımından birbiriyle değiştirilebilir veya ikame edilebilir olarak kabul edilen bütün mal veya hizmetlerden oluşan pazarın dikkate alınacağı ve fakat bununla yetinilmeyerek tespit edilen pazarı etkileyebilecek diğer unsurların da değerlendirileceği ifade edilmiştir.[85]

Rekabet Kurumu tarafından pazarın tanımlanması için kullanılan[86] kantitatif yöntemler fiyat korelasyon testi, Elzinga-Hogarty testi ve varsayımsal tekelci testidir. Fiyat korelasyon testi özellikle birleşme devralma incelemeleri kapsamında ilgili pazarın belirlenmesinde kullanılabilmektedir.[87] Ürünlerin fiyat hareketlerindeki paralellikler, bir başka deyişle zaman içinde ürün fiyatlarında pozitif bir korelasyon bulunması[88] ilgili ürün pazarının tespiti için önemli bir kanıt teşkil etmektedir. Eğer iki ürün birbirleriyle ikame edilebiliyorsa, birinin fiyatı diğerinin fiyatını sınırlayacak ve fiyat hareketleri benzer hale gelecektir. İki fiyat serisi arasındaki korelasyonun derecesi, bu ürünlerin ikame edilebilirliğinin bir açıdan göstergesi olacaktır.[89] Rekabet Kurulunun *Cadbury Schweppes/Intergum* kararında sakız pazarının şekersiz sakız, şekerli sakız ve tatlandırıcılı sakız olmak üzere üç kategoriden oluştuğu sonucuna ulaşılmıştır. Kurula göre bu üç segmentteki fiyatlandırma stratejileri ve hitap edilen kitle arasındaki farklar, söz konusu segmentlerin birer ilgili ürün pazarı olarak tanımlanmasını gerektirmektedir. Kurul söz konusu üç kategori arasındaki fiyat korelasyonunun da bu segmentler arasındaki farklılığı ortaya koyduğu sonucuna ulaşmıştır.[90]

Pazarın tanımlanması için kullanılan kantitatif yöntemlerden biri de *Elzinga-Hogarty* testidir. Söz konusu testin avantajı, fiyat verisinin bulunma-

---

85 Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ (Tebliğ No: 2010/4).

86 OECD (2012a), s. 308.

87 **Rekabet Kurulu Kararlarında Kullanılan İktisadi Analizlere Yönelik El Kitabı,** Rekabet Kurumu Ekonomik Analiz ve Araştırma Dairesi Başkanlığı 2019, s. 8.

88 "Korelasyon testinin uygulanmasında bazı hususlara dikkat edilmesi son derece önemlidir. Öncelikle test, fiyatları birbirlerinden önemli oranda farklılık gösteren ürünler arasında yapılmamadır. Bilindiği gibi Rekabet Hukuku'nda ilgili ürün pazarı tespit edilirken, ürünlerin fiyat açısından da ikame olması gerekliliği şartı aranmakta ve önemli fiyat farklılığı olan ürünler aynı pazarda değerlendirilmemektedir. İkinci olarak, enflasyon veya ortak maliyetler gibi etmenlerin incelemeler sırasında göz ardı edilmesi, değerlendirmelerde yanlış sonuçlara ulaşılması tehlikesini ortaya çıkarabilmektedir." ÖZKUL, s. 19.

89 ÖZKUL, s. 19.

90 23.8.2007 tarihli ve 07-67/836-314 sayılı Kurul Kararı.

dığı durumlarda sadece miktar verisi kullanılarak yapılabilmesidir. Testin temel mantığı bölgeler arasında ticaret akışı (ithalat, ihracat) yoksa veya zayıfsa, her bölgenin kendi fiyatını diğer bölgelerden bağımsız belirleyeceği üzerine kurulu olup bu bölgeler ayrı birer coğrafi pazar olarak nitelendirilmektedir. Tam aksine birbiri arasında ticaret akışı yoğun olan bölgelerin ise aynı coğrafi pazarda olduğu kabul edilmektedir.[91]

Pazarın tanımlanması için kullanılan kantitatif yöntemlerden bir diğeri ise ilk olarak ABD'de uygulama bulan ve yukarıda kapsamlı bir şekilde değinilen varsayımsal tekelci testidir. Rekabet Kurulu *Financiere Lafarge/OYAK* kararında[92] ilgili coğrafi pazarın tespitinde[93] bu test kullanılmıştır.[94]

Diğer taraftan üretim/dağıtım zincirinin aşamalarına göre alt ve üst pazar tanımı da yapılabilmektedir. Alt pazar üretim/dağıtım zinciri açısından bir sonraki aşamada yer alan piyasadır. Örneğin, motorlu araç satışı, motorlu araç üretimine göre bir alt pazardır. Üst Pazar ise üretim ve/veya dağıtım zincirinin bir aşama öncesindeki pazardır. Özellikle dikey bütünleşik pazarlarda üretimin farklı aşamalarında girdi pazarını tanımlamaktadır. Örneğin,

---

91 Rekabet Kurulu Kararlarında Kullanılan İktisadi Analizlere Yönelik El Kitabı, s. 17; "Çimento gibi ürünlerin yükte ağır pahada hafif niteliği, bu ürünlerin ekonomik olarak satılabildiği bölgeyi sınırlandırmakta, söz konusu bölgeyi büyük ölçüde nakliye masraflarının ürünün fiyatına ve/veya toplam maliyetine oranı belirlemektedir. Bu ürünlerde ilgili bölgenin dışına ürün satılması nakliye masraflarını artırmakta, bu da kârlılığı ortadan kaldırabilmektedir. Elzinga-Hogarty testi, ilgili coğrafi pazarın bölgesel seviyede belirlendiği bu gibi durumlarda sıklıkla başvurulan bir yöntemdir." ÖZKUL, s. 22.

92 18.11.2009 tarihli ve 09-56/1338-341 sayılı Kurul Kararı.

93 "SSNIP testi, ilgili ürün pazarının yanı sıra ilgili coğrafi pazarın belirlenmesinde de kullanılmaktadır. SSNIP testi bu durumda şu şekilde işlemektedir. Varsayalım ki Ankara'da iki maden suyu üreticisinin birleşmesi söz konusu olsun. Ankara'da tek bir maden suyu üreticisinin olduğu varsayımıyla "söz konusu varsayımsal tekel, maden suyu fiyatlarını %5-10 düzeyinde kârlı bir şekilde artırabilecek midir?" sorusuna cevap arayalım. Eğer bu sorunun cevabı evet ise bu durumda Ankara ili tek başına bir coğrafi pazardır. Eğer değilse, yani bu fiyat artışı örneğin, Konya'dan gelen firmaların rekabetçi baskısı yüzünden kârlı bulunmuyorsa, bu durumda test Ankara ve Konya'yı içine alacak şekilde tekrarlanacak ve sonuçta kârlı bir şekilde varsayımsal tekelin fiyatlarını artırabildiği bölge, coğrafi pazar olarak tanımlanabilecektir." Rekabet Kurulu Kararlarında Kullanılan İktisadi Analizlere Yönelik El Kitabı, s. 23.

94 "Kararda bu teste göre sırasıyla işlem konusu tesislere ilişkin ilgili coğrafi pazar tanımlanması için birer başlangıç bölgesi belirlenmiş, bu bölgede kurulu tüm tesislerin tamamının bir tekel tarafından kontrol ediliyor olduğu varsayılarak söz konusu tesislerde üretilen ürünlerin fiyatlarının %10 oranında yükseltilmesi sonucu (AB uygulamalarında söz konusu fiyatlardaki "küçük, kalıcı bir değişim" oranı %10 olarak kabul edilmektedir. Bu sebeple, dosya konusu işlem bakımından da bu oran kullanılmıştır) söz konusu tekelin 2008 ve 2009 yılları ilk altı aylık toplam kârları hesaplanmış, fiyat artışı sonrasında hesaplanan toplam kârlar, fiyat artışı öncesindeki toplam kârlardan fazla ise ilgili coğrafi pazar başlangıç bölgesi ile sınırlı olacak şekilde tanımlanmıştır." ÖZKUL, s. 15.

motorlu taşıtların nihai kullanıcıya satılmasından önceki üretim, dağıtım ve pazarlama aşamaları motorlu taşıt satışının üst pazarıdır.[95]

Buna ek olarak birbirinin tamamlayıcısı niteliğindeki ürünlerin birinin arzındaki rekabetin diğerinin fiyatını etkilemesi halinde, pazarlar ürünlerin tamamlayıcılık özelliklerine göre de tanımlanabilmektedir. Örneğin bir ana ürün ile bu ürüne dair yedek parça ve/veya teknik hizmetler, farklı zamanlarda ihtiyaç duyulan ancak birbirini tamamlayıcı ürünlerdir. Birincil ürünün satın alınmasından sonra bu ürüne bağlı olarak ihtiyaç duyulan ürün ve hizmetlerin meydana getirdiği pazarlar ise "ikincil" veya "ardıl" pazarlar şeklinde adlandırılmaktadır. İkincil ürünler özellikle motorlu taşıtlar endüstrisinde kullanılmaktadır.[96]

II. DİJİTAL PLATFORMLAR

1. Ortaya Çıkmalarına Neden Olan Ekonomik Gelişmeler: Dijital Ekonomi

Dijital platformların uygulama bulduğu ekonomik çerçeveyi dijital ekonominin çizdiği söylenebilir. Dijital ekonomi e-ticaret yoluyla ürünlerin ve hizmetlerin ticaretini kolaylaştıran dijital teknolojilere dayanan pazarlardan meydana gelmektedir. Bir başka anlatımla dijital ekonomi dijital teknolojilere odaklanan pazarları betimlemek için kullanılan şemsiye bir kavramdır.[97] Öğretide dijital ekonominin üç önemli özelliğinin bulunduğu savunulmaktadır. Bunlar ölçeğe göre getiri[98], ağ etkileri[99] ve verinin üstlendiği roldür.

---

95 Rekabet Terimleri Sözlüğü, Gözden Geçirilmiş Altıncı Baskı, 2019, https://www.rekabet.gov.tr/tr/Sayfa/Yayinlar/rekabet-terimleri-sozlugu/terimler-listesi?sayfa=43 (Erişim Tarihi: 17.02.2021).

96 ASLAN İsmail Yılmaz, **Rekabet Hukuku**, Ekin Basım Yayın, 5. Baskı, 2017, s. 165.

97 OECD (2012b), The Digital Economy, s. 5. http://www.oecd.org/daf/competition/The-Digital-Economy-2012.pdf (Erişim Tarihi: 17.02.2021).

98 Ölçeğe göre getiri bakımından değerlendirme yapıldığında, yeni bilgi teknolojilerinin geleneksel rekabet biçimleri ile uyumsuzluk göstermesinin ilk nedeni, bu yeni durumda hizmet tedarik edilen müşterilerin sayısına göre üretim maliyetinin olması gerekenden daha düşük olması anlamına gelen ölçeğe göre getiri özelliğinin baskın bir karaktere dönüşmüş olmasıdır. Söz konusu özellik - daha büyük fabrikalar veya perakendeciler daha küçük rakiplerinden genellikle daha verimli olduklarından - belli bir oranda daima geçerliliğini korurken aslında dijital dünya bu olguyu daha uç noktalara taşımaktadır. Örneğin bilgi bir kez meydana getirildiğinde oldukça düşük bir maliyetle çok sayıda insana aktarılabilir. Bir arama motoru ve harita hizmeti geliştirildiği ve faaliyete geçirildiğinde genellikle oldukça ucuz bir şekilde binlerce kullanıcıya hizmet edebilecektir. Bu yaklaşım anılan kullanıcılara hizmet etmenin maliyetli olmayacağı anlamına gelmemekte olup daha ziyade maliyetlerdeki artışın kullanıcıların sayı-

Dijitalleşme ticari davranışları çeşitli şekillerde değiştirmiştir. Bugün için bilgisayarlar ve dolayısıyla da dijital süreçler her bir işlemin neredeyse bir parçası haline gelmiştir. Bu durum maliyetin azalmasını sağlamaktadır.[100] Maliyetlerdeki bu azalma ve piyasaya giriş engellerindeki düşüş birçok alanda rekabetin daha yoğun yaşanmasına neden olarak[101] fiyatların aşağı doğru seyretmesine ve fiyat farkları arasında daralmaya neden olmaktadır. Dijitalleşme rekabetin ve piyasaların son derece hızlı değişimine[102] katkı sağlarken, buna karşılık dijital piyasalardaki bazı önemli oyuncuların pazarda sahip oldukları güçlü pazar pozisyonları nedeniyle endişeler de artmaktadır.[103]

---

sındaki artışa oranla çok daha yavaş olacağı anlamına gelmektedir. Ölçeğe göre getirinin olumsuz bir sonucu ise hiçbir firmanın, daha üst düzeyde ve daha ucuz teknoloji sahibi olmadıkça yerleşik bir firma tarafından domine edilen bir pazara bu yerleşik firma büyük oranda kâr elde ediyorsa dahi girmeyi arzulamayacağıdır. CREMER Jacques / MONTJOYE Yves-Alexandre de / SCHWEITZER Heike, Competition Policy for the Digital Era Final Report, Publications Office of the European Union, 2019, s. 20. https://ec.europa.eu/competition /publications/reports/kd0419345enn.pdf (Erişim Tarihi: 17.02.2021).

99 Yeni bilgi teknolojilerinin geleneksel rekabet biçimleri ile uyumsuzluk göstermesinin ikinci nedeni bu yeni teknolojilerin sıklıkla ağ dışsallıklarına konu olmalarıdır. Ağ dışsallıklarında her kullanıcı için bir teknolojiyi veya bir hizmeti kullanmanın yol açtığı fayda kullanıcı sayısı yükseldikçe artmaktadır. CREMER / MONTJOYE / SCHWEITZER, s. 20.

100 Dijitalleşme ve özellikle de internet birçok ekonomik maliyeti azaltmaktadır. Söyle ki bazı durumlarda ürün ve hizmetlerin dizayn ve dağıtım maliyetlerini, bilgi tedarik etme maliyetlerini, tüketici tercihleri ve davranışlarına yönelik veri toplama ve kullanma maliyetlerinde önemli bir oranda düşüş görülmektedir. Böylesine bir maliyet azaltımı yardımıyla şirketler operasyonlarını oldukça hızlı bir şekilde kurma ve genişletme imkanına sahiptir. Monopolkommission, **Competition Policy: The Challenge of Digital Markets**, Special Report No 68, 2015, s. 15. https://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/s68_fulltext_eng.pdf (Erişim Tarihi: 17.02.2021).

101 Pazara dayalı topluluklarda "rekabet" ekonominin vatandaşların ihtiyaçlarına hizmet etmesini sağlamak için tercih edilen bir modeldir ve ayrıca geleneksel olarak, aynı ürünleri üreten yeterince çok sayıda firmanın mevcudiyeti olarak da anlaşılır. Bu firmalar kârlarını artırmak amacıyla üretim teknolojisi ve ürün dizaynının her ikisinde de inovasyon ve daha düşük fiyatlar vasıtasıyla pazar payı elde edebilmek için rekabet içerisine gireceklerdir. Fakat rekabet halindeki çok sayıda firmaya sahip geleneksel rekabetin dijital ekonomide her zaman için uygulama bulabilmesi mümkün olamamaktadır. Zira bu hızlı gelişen ve çeşitlilik gösteren pazarlarda tüm sektörü organize eden düzenlemelerin uygun olmayabileceği ileri sürülebilir. Daha ziyade rekabet politikası araçlarının yeni duruma adapte edilmesi zorunluluğu doğmaktadır. Bunu yapabilmek içinse rekabetin ilgili sektörde aldığı şekillerin dikkate alınması gerekmektedir. CREMER / MONTJOYE / SCHWEITZER, s. 19.

102 Dünyadaki pazar değeri en büyük şirketlere göz atıldığında özellikle dijital ekonomiden şirketlerin görece kısa bir süre içerisinde yüksek şirket değerleri yaratmada başarılı oldukları ortaya çıkmaktadır. Örneğin Apple tek başına mevcut 500 milyar Amerikan doları üzerindeki değeri ile Volkswagen, Siemens ve Bayer'in birlikte sahip oldukları piyasa değerinden daha büyük bir değere sahiptir. Monopolkommission, **Competition Policy: The Challenge of Digital Markets**, s. 15.

103 Monopolkommission, **Competition Policy: The Challenge of Digital Markets**, s. 3.

Öte yandan, dijital ekonominin platformlar ile de yakın bir bağlantısı bulunmaktadır. Dijital ekonominin yeni iş modelinde değer üreten güçlerden biri de "*platformization*" olarak adlandırılan süreçtir.[104] Söz konusu yeni kavram, fiziksel pazar yerleri veya alışveriş merkezleri olmaksızın platformlar yoluyla kişiler ile firmalar arasında ürünlere ve hizmetlere ilişkin alım veya satım biçiminde anlaşma içerisine girilen süreci ifade etmek için kullanılmaktadır. Bu yeni süreç ile rekabet tek tek firmalar arasında gerçekleşmekten ziyade platform merkezli ekosistemler arasında gerçekleşir hale gelmektedir.[105] Böylece Internet çağı sadece ürünleri ve online hizmetleri sunmayan, ayrıca diğer platformların ticari faaliyetlerinin de üzerine inşa edildiği araçları ve altyapıyı da sunan, değer üreten ekosistemleri kontrol eden ve yöneten dijital platformların ve online aracıların ortaya çıkmasına neden olmuştur.[106]

2. İki Taraflı Platformlar

Dijital platform, bir veya daha fazla sayıdaki kullanıcı grubunu ticari olarak etkileşime sokan bir website, uygulama (app), diğer bir dijital ortam olarak tanımlanabilirken, İki taraflı dijital platform ise en az iki birbirinden farklı fakat karşılıklı olarak bağımlı kullanıcı grubunun dahil olduğu faaliyetleri yöneten platformdur. Bazı durumlarda (*Amazon, eBay, Uber, Amex*) bu gruplar arasındaki işlemler doğrudan website üzerinden müzakere edilirken, diğer durumlarda (*Google Search, Facebook*) kullanıcılar bir diğer kullanıcı ile doğrudan ticari işlemler yapmamakta fakat ticari işlemler platformu bu süreci bir kâr merkezi gibi desteklemektedir.[107]

---

[104] UNCTAD (2019), **Digital Economy Report, Value Creation and Capture: Implications for Developing Countries**, s. 25. https://unctad.org/system/files/official-document/der2019_en.pdf (Erişim Tarihi: 17.02.2021).

[105] LEHDONVİRTA Vili / PARK Subin / KRELL Tina / FRIEDERICI Nicolas, **Platformization in Europe**, Platform Alternatives Research Project, June 2020, s. 4. https://www.oii.ox.ac.uk/wp-content/uploads/2020/06/Platformization-in-Europe.pdf (Erişim Tarihi: 17.02.2021).

[106] LIANOS Ioannis, Competition Law for the Digital Era: A Complex Systems' Perspective, UCL Centre for Law, Economics and Society Research Paper Series: 6/2019, s. 72. https://www.ucl.ac.uk/cles/sites/cles/files/cles_6-2019_final.pdf (Erişim Tarihi: 17.02.2021).

[107] HOVENKAMP Herbert J., "Antitrust and Platform Monopoly", (2020a), **Faculty Scholarship at Penn Law**. 2192, s. 5.

Rochet ve Tirole sadece iki taraflı değil çok taraflı platformlar bakımından da[108] çığır açan makalelerinde iki taraflı pazarları[109] (ya da daha genel haliyle çok taraflı pazarları) bir veya birkaç platformun nihai tüketiciler arasında etkileşim sağladığı ve taraflardan her birini uygun bir şekilde ücretlendirerek onları belirli bir alanda bir araya getirdiği pazarlar şeklinde tanımlamıştır.[110] Buradaki "etkileşim" ise platformun yapısına göre farklı durumlarda gerçekleşmekle birlikte ödeme kartları örneği üzerinden düşünüldüğünde, bir alıcı (kart sahibi) bir satıcı ile (alım) işlemini gerçekleştirmek için sahip olduğu kartı kullandığında taraflar arasındaki söz konusu etkileşim meydana gelmiş olmaktadır.[111]

Yukarıda yer verilen tanımın "alıcı ve satıcıyı belli bir alanda bir araya getirme" unsurunun da bu tür platformların tanımını daraltıcı olmaktan ziyade genişletici bir fonksiyon niteliği taşıdığı söylenebilir. Zira salt bu unsur üzerinden hareket edilmesi halinde mevcut pazarlar için de zaten alıcı ve satıcıların bir araya gelmesi ihtiyacı bulunduğundan çok sayıda pazar iki taraflı platform haline gelebilecektir.[112] Rochet ve Tirole söz konusu makale-

---

[108] Dijital teknoloji hükümetler, işletmeler, topluluklar ve bireyler arasındaki iletişimin artırılmasını sağlamaktadır. Bu sadece doğrudan ilişkilerin gelişimini daha da ileri taşımamakta ayrıca yaygın olarak platformlar adıyla bilinen dijital olarak güçlendirilmiş çok taraflı platformları da geliştirmektedir. OECD (2017), OECD Digital Economy Outlook 2017, OECD Publishing, Paris, s. 26. https://www.oecd.org/digital/oecd-digital-economy-outlook-2017-9789264276284-en.htm (Erişim Tarihi: 17.02.2021); Gerçekten de ekonomistler son dönemde, genellikle çok taraflı platformlar (multisided platforms) olarak adlandırılan önemli bir iş grubu belirlemiştir. Çok taraflı platformlar üretim, alım ya da satım yoluyla ekonomi üzerinde etki yaratan iki veya daha fazla sayıdaki kişi, şirket veya organizasyonları bir araya getirerek ve onlar arasında onları zenginleştiren etkileşimi kolaylaştırarak bir değer meydana getirmektedir. Çok taraflı platformlar farklı gruplardaki iktisadi oyuncuları bir araya getirmeyi zor ya da imkânsız hâle getiren işlem maliyeti problemini çözüme kavuşturmaktadır. BLAIR Roger D. / SOKOL D. Daniel, The Oxford Handbook of International Antitrust Economics, Volume 2, Oxford University Press, 2014, s. 404-405.

[109] David S. Evans ve Michael Noel'in de 2005 yılında yayınlanan makalelerindeki ifadelerine benzer şekilde çalışmamızda iki taraflı "pazar" teriminin kullanımından kaçınılarak "pazar" ibaresi yerine "platform" ibaresinin kullanılması tercih edilmiştir. Zira "pazar" ifadesi rekabet politikası alanına özgü bir nitelik taşımaktadır. EVANS David S. / NOEL Michael, "Defining Antitrust Markets When Firms Operate Two Sided Platforms", **Columbia Business Law Review** 2005, s. 106.

[110] ROCHET Jean-Charles / TIROLE Jean, "Two-Sided Markets: An Overview, The Economics of Two-Sided Markets", Toulouse, France, March 12, 2004, s. 2. https://web.mit.edu/14.271/www/rochet_tirole.pdf (Erişim Tarihi: 17.02.2021).

[111] ROCHET / TIROLE (2014), s. 5.

[112] ROCHET / TIROLE (2014), s. 2; CARLTON Dennis, "The Anticompetitive Effects of Vertical Most-Favored-Nation Restraints and the Error of Amex (2019)", **Columbia Law Review** 88, s. 101.

lerinde bu genişletici unsuru daraltmak adına bir tanım önerisinde bulunmuşlardır. Buna göre eğer platform pazarın bir tarafının ödediği bir ücreti yükselterek ve pazarın diğer tarafınca ödenen ücreti de aynı miktarda azaltarak (platform kapsamındaki) işlem hacmini etkileyebilirse bu pazar iki taraflıdır. Bir başka anlatımla fiyat yapısı[113] önem arz etmektedir ve platformlar fiyat yapısını iki tarafı da bir araya getirebilecek şekilde dizayn etmelidir.[114] Rochet ve Tirole tarafından savunulan bu görüş esasında iki taraflı platformun bir özelliğinin de platformun iki tarafı için belirlenecek fiyatların birbirlerinden ayrı ayrı önem arz etmesi olduğunu vurgulamaktadır.[115]

Bu noktadan hareketle iki taraflı platformların anılan fonksiyonlarını yerine getirebilmek için iki grup tüketiciyi biraraya getirmek zorunda olduğu da söylenebilir. Zira söz konusu tüketici grupları normal olarak aynı fiyat esnekliğine sahip olmadığından platform genellikle bir grup için görece yüksek fiyatlandırma yaparken diğer grup için görece düşük fiyatlama yapacaktır. Bu fiyat ayrımcılığı sadece platformun kârlarını maksimize etmesine yardım etmemekte ayrıca düşük fiyatın platforma daha çok müşteriyi getirmesi amacına da hizmet etmektedir. Sonuç olarak bir platform daha yüksek fiyattan ödemede bulunacak müşterileri diğer tarafa çekebilmek için platformun bir tarafındaki müşterileri genellikle çok düşük ya da hatta negatif fiyat seviyesinden fiyatlandırma yönünde bir güdüye sahiptir.[116] Bu durum da platformun bir tarafına ücretsiz veya negatif fiyat üzerinden hizmet veren dijital platformlara rekabet hukukunun geleneksel araçlarının uygulanabilmesini zorlaştıran hallerden biri olup taşıdığı özellik nedeniyle bu konuya ileride ayrıntılı olarak değinilecektir.

İki taraflı platformun mevcut olduğunun kabul edilebilmesini sağlayan ölçütler bakımından getirilen diğer önerilere göre ise nihai tüketiciler ücret yükünün (aralarında) dağılımını pazarlık konusu edebiliyorsa ya da alıcı ve satıcı arasında asimetrik bilgi[117] mevcutsa platform tek taraflı olarak kabul edilir. Son olarak alıcı ve satıcı arasındaki işlem üyelik dışsallıklarının bu-

---

[113] Fiyat yapısı ile platform tarafından iki tarafa yansıtılan ücretler toplamının bu iki taraf (alıcı ve satıcı) arasındaki dağılımı kastedilmektedir. ROCHET / TIROLE (2014), s. 9.

[114] ROCHET / TIROLE (2014), s. 40.

[115] CARLTON, s. 101.

[116] KIRKWOOD John B., "Antitrust and Two-Sided Platforms: The Failure of American Express", **Cardozo Law Review**, November 19, 2019, s. 1808-1809.

[117] "Asimetrik bilgi, bir işlemin tarafı işleme ilişkin bilgi sahibi olduğunda ve fakat aynı işlemin diğer tarafı bu bilgiye sahip olmadığında ortaya çıkmaktadır." URAN, s. 58.

lunmaması şartıyla taraflar arasında pazarlık sonucu oluşan bir fiyatı içeriyorsa bu durumda da pazar tek taraflı kabul edilecektir.[118] Zira fiyat yapısı vasıtasıyla bir platformdaki etkileşim hacmini etkileme olasılığı platformun kullanıcı gruplarının maliyetleri müzakere edip edemediğine bağlıdır. Nitekim platformlarda belli bir oranda müzakere olasılığını açık bir şekilde yasaklayabilmektedir.[119]

Platformları tanımlamaya çalışan bir diğer görüşe göre ise platformlar dolaylı ağ etkilerine sahip iki veya daha fazla sayıdaki kullanıcı grubunu biraraya getirmek şeklinde tanımlanabilir.[120] Bu tanım temelde iki taraflı pozitif etkiler olarak dolaylı ağ etkileri anlayışına dayanmaktadır. Bu bağlamda, platformu kullanma karşılığında kullanıcılara dönük belirlenen fiyatlar özellikle diğer gruptaki ilgili kullanıcı grubu tarafından yaratılan dışsallıklara dayanmaktadır. Bu durum gruplardan birinin platformu ücretsiz kullandığı hallerde diğer grup için pozitif dışsallıklar ürettiğinden diğer grubun pozitif fiyat ödemek zorunda kalmasına neden olmasıdır.[121]

Öğretinin yaygın şekilde kabul görebilecek bir tanım bulma yönündeki çabalarına rağmen iki taraflı platformların üzerinde uzlaşılmış bir tanımı henüz bulunmamaktadır.[122] Fakat bu niteliği haiz pazarlarda faaliyet gösteren firmaların temel yönlerine ilişkin bir konsensus oluşmaya başlamıştır. İki taraflı pazarlarda faaliyet halindeki firmalar tek taraflı pazarlardaki firmalara göre sahip oldukları farklılıklardan dolayı iki taraflı platform şeklinde adlandırılmaktadır. İki taraflı platformun üç önemli unsurunun bulunduğu söylenebilir.[123]

Birinci unsur bir şekilde birbirlerine ihtiyacı olan ve aralarındaki aracı işlemlerin yapılabilmesi bakımından platforma ihtiyaç duyan iki ayrı tüketici grubunun bulunmasıdır. İki taraflı platform ürünler ile hizmetleri bu iki gru-

---

[118] ROCHET Jean-Charles / TIROLE Jean, "Two-Sided Markets: A Progress Report", Toulouse, France, November 29, 2005, s. 35.

[119] Bundeskartellamt B6-113/15, Working Paper - **Market Power of Platforms and Networks**, June 2016, s. 11-12. https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Berichte/Think-Tank-Bericht-Langfassung.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (Erişim Tarihi: 17.02.2021).

[120] AMSTRONG Mark, "Competition in two-sided markets", **RAND Journal of Economics**, Vol. 37 (2006), s. 668; EVANS / NOEL, s. 114.

[121] Bundeskartellamt B6-113/15, s. 10.

[122] Alman Federal Kartel Ofisine göre eğer bir işletme aralarında dolaylı ağ etkileri bulunan iki veya daha fazla taraf arasındaki doğrudan etkileşimi mümkün hale getiren aracılık hizmetini sağlıyorsa platform olarak kabul edilebilir. Bundeskartellamt B6-113/15, s. 13.

[123] OECD (2009), Two-Sided Markets, s. 11.

ba aynı anda sağlamaktadır.[124] Esasında birbirinden farklı kullanıcıların varlığı platformları birlikte satın alınan (civata ve somun) ya da birlikte üretilen (bir kuyudan çıkan petrol ve gaz) ve dolayısıyla tek bir kullanıcının dâhil olduğu pazarlardan farklı kılan en önemli özelliktir. Farklı kullanıcıların bulunması, diğer tarafın hareketlerinden kaynaklı olarak bir taraftaki faydalar veya maliyetler şeklindeki dışsallıkları[125] doğurmaktadır. Bu açıdan iki farklı kullanıcı yerine tek bir kullanıcının bir civata ve bir somun satın almayı seçtiği durumda dışsallıklar ortaya çıkmaz.[126]

İki taraflı platformların ikinci unsuru ise tüketici grupları boyunca görülen dolaylı dışsallıklardır. Bununla kastedilen iki taraflı platformun bir tarafında yer alan tüketicinin platformdan edindiği değerin platformun diğer tarafındaki tüketici sayısı ile artmasıdır.[127] Bir başka anlatımla platformun iki tarafının talepleri[128] dolaylı ağ etkileri ile birbirlerine bağlanmıştır. Bir grup tüketicinin talebi diğer taraftan gelen talebe bağlıdır.[129] Örneğin bir arama platformu daha büyük sayıda potansiyel alıcıya ulaşacağının daha da olası olduğu durumda ilan verenler için daha değerli hale gelecektir. Bu noktadan hareketle ağ dışsallıklarının bu yüzyılın başından itibaren daha fazla dikkat

---

[124] OECD (2009), s. 11.

[125] Ekonomi literatüründe platformların iki farklı tipte dışsallık meydana getirdiği kabul edilmiştir. Bunlar kullanım dışsallıkları (*usage externalities*) ve üyelik dışsallıkları (*membership externalities*) dır. Üyelik dışşsallıkları rekabet hukukunda çok daha yaygın kullanılan adı ile dolaylı ağ etkileri ile aynı anlamdadır. JOHNSON Paul A., "Indirect Network Effects, Usage Externalities, and Platform Competition", **Oxford Journal of Competition Law & Economics**, Volume 15, Issue 2-3, June/September 2019, s. 285; Kullanım dışsallığı platformun kullanımından kaynaklanır. Bir yolculuk paylaşım platformunda bir sürücü, kendisine ulaşım imkânı sağlanmasından fayda elde eden bir yolcuya bu ulaşımın sağlanması için maliyet altına girmektedir. Burada dışsallık ortaya çıkmaktadır, çünkü bir kullanıcının yaptığı seçim diğer kullanıcıyı etkilemektedir. Şöyle ki sürücünün ulaşım imkânı sağlayıp sağlamama yönündeki seçimi yolcular üzerinde bir etki doğuracaktır. JOHNSON, s. 286; Üyelik dışsallığı olarak da adlandırılan dolaylı ağ etkileri ise bir kullanıcı platformun diğer tarafındaki daha fazla kullanıcı ile etkileşim içerisine girme fırsatından faydalandığında ortaya çıkmaktadır. Üyelik dışsallıkları, platformlar tarafından platformun taraflarına sabit fiyatlandırmalar yapıldığında belirmektedir. Bu tip sabit fiyatlar kullanıma bağlı çeşitlilik gösteren fiyatlamanın (örneğin işlem başına yapılan fiyatlama) zıttı durumundadır. JOHNSON, s. 288.

[126] JOHNSON, s. 285.

[127] OECD (2009), s. 11.

[128] Tüketicilerin bir ürün için ödeme yapma isteğinin aynı ürünün diğer tüketicilerinin sayısına bağlı olduğu hallerde talep bir doğrudan ağ etkisi tarafından nitelendirilmekteyken, tüketicilerin bir ürün için ödeme yapma isteğinin başka bir ürünün tüketicilerinin sayısına bağlı olduğu hallerde talep bir dolaylı ağ etkisi tarafından nitelendirilmektdir. GERADIN / FILISTRUCCHI / DAMME / AFFELDT, Dipnot 12.

[129] GERADIN / FILISTRUCCHI / DAMME / AFFELDT, s. 5.

çeken özel halinin iki taraflılık (*two-sidedness*) olduğu söylenebilir. Bir platform iki farklı ve iyi bir şekilde tanımlanmış kullanıcı grubunu birbirine bağladığında bu platformun iki taraflılık niteliği sergilediği sonucuna varılabilecektir. Örneğin *Airbnb*, taşınmaz sahipleri ile bu taşınmazları kiralamak isteyenler arasında bağlantı kurmaktadır. Burada dikkat edilmesi gereken husus ise iki taraflı platformlar açısından bir tarafın platformdan elde edeceği faydanın diğer tarafa katılanların sayısına ve kimliklerine bağlı olduğu kadar platformun yönetilme biçimine de bağlı olabilmesidir.[130]

İki taraflı platformların son unsuru ise fiyat yapısının yansızlığının bulunmamasıdır (*non-neutrality*). Fiyat yapısı pazarın iki tarafındaki tüketiciler arasında fiyatların dağıtılma şeklidir. Platform pazarın bir tarafının ödediği bir ücreti yükselterek ve pazarın diğer tarafınca ödenen ücreti de aynı miktarda azaltarak (platform kapsamındaki) işlem hacmini etkileyebilir. Fiyat yapısı böylesine önem arzettiği için platform bunu her iki tarafında platforma katılımını teşvik edecek şekilde belirlemelidir.[131]

İki taraflı platformların çeşitleri bakımından her ne kadar aralarındaki sınırlar belirsiz olsa da dört farklı şekilde ortaya çıktıkları söylenebilir.[132] Bunlardan ilki genel olarak "alıcılar" ve "satıcılar" şeklinde değerlendirilebilecek iki müşteri grubunun aralarında alışveriş yaptıkları haldir. Bu alıpverme durumu alıcıların ve satıcıların en iyi fiyattan karşılıklı avantajlı bir ticaret içerisine girmesini sağlayacak mahiyette sözleşmeler kurmasına yardım etmektedir. Bu durumlarda alıcı mümkün olduğunca düşük bir ücret ödemekteyken satıcı da mümkün olduğunca fazla bir tutar edinmektedir. Bu ilk şekle örnek olarak müzayede evleri, emlak alım satımına aracılık edenler ve seyahat hizmetlerine aracılık edenler verilebilir.[133]

---

[130] CREMER / MONTJOYE / SCHWEITZER, s. 21.

[131] OECD (2009), s. 11.

[132] Alman Federal Kartel Ofisi platformları eşleştirme ve izleyici (dinleyici) sağlayan platformlar şeklinde ikiye ayırmaktadır. Eşleştirme platformları da kendi içinde işlem ve işlem bulunmayan platformlar olarak ikiye ayrılmaktadır. Eşleştirme platformları iki veya daha fazla sayıdaki kullanıcı grubunun üyelerinin bireysel tercihlerine uyumlu olacak şekilde aracılık sağlamaktadır. Eşleştirme platformu tarafından kolaylaştırılan irtibat kullanıcılar arasında doğrudan etkileşim sağlamaktadır. Söz konusu doğrudan etkileşim örneğin bir emlak platformu aracılığıyla emlak satışında olduğu gibi bir işlem içerirse işlem platformu olarak adlandırılacaktır. Buna karşın doğrudan etkileşim iki grup arasında bir işlem olmaksızın eşleşirmeyi kolaylaştırıyorsa işlem bulunmayan platform olarak nitelendirilmektedir. Buna ek olarak izleyici (dinleyici) sağlayan platformlar ise Kartel Ofisi tarafından bir kullanıcı grubunun diğer kullanıcı grubunun dikkatini üzerine çekmesini sağlayan platformlar biçiminde tanımlanmıştır. Bundeskartellamt B6-113/15, s. 21.

[133] EVANS / NOEL, s. 108-109.

İki taraflı platformların ortaya çıktığı bir diğer hal de ilan destekli medyadır. Bu kapsama iki taraflı iş modeline dayanan dergiler, gazeteler ve ücretsiz televizyon yayını ve web portalları girebilir. Platform ya içeriği kendisi üretmekte (gazeteler) ya da başkalarından satın almaktadır (ücretsiz televizyon yayını). İçerik, izleyicileri (platforma) çekmek için kullanılırken, sonrasında izleyiciler de, ilan verenleri (platforma) çekmek için kullanılmaktadır. İlan verenler ve izleyiciler arasında açık bir dolaylı ağ etkisi bulunmaktadır. İlan verenler daha fazla izleyiciye sahip olan platformlara değer vermektedir. İlan destekli medya işletmelerinin çoğu, gelirlerinin büyük bir kısmını ilan verenlerden elde etmektedir. Yazılı medya sıklıkla basım ve dağıtımın marjinal maliyetine eşit veya bunun altında bir bedelle sunulmaktadır. Hatta bazı gazeteler ücretsiz bir şekilde de sunulabilmektedir. *Google* ve *Yahoo* gibi web portalların çoğu gelirlerini ilan verenlerden edinmektedirler.[134]

İki taraflı platformların görüldüğü üçüncü hal ise "işlem sistemleri"dir. *MasterCard* ve *Visa* gibi kart şirketleri bu hususta çift taraflı platformlara verilebilecek örneklerdendir. Bir işlemin tamamlanabilmesi için çeşitli risklerin dağılımı ve kârın bölünmesi hususunda işyerine hizmet eden şirket ile kart sahibine hizmet eden şirket arasında bir anlaşma yapılması zorunludur. Kart şirketlerinin çoğu iki tarafa da hizmet sunan işletmeler arasındaki standart bir sözleşme ile bu zorunluluğun gereğini yerine getirmektedir. İki taraflı platformların uygulama bulduğu son durum ise *Apple, Microsoft* gibi kişisel bilgisayarları, *Sony PlayStation* ve *Xbox* gibi video oyunlarını, *Creative Zen Micro* gibi dijital müzik sistemlerini içeren yazılım platformlarıdır.[135]

III. PLATFORMLARDA PAZARIN TANIMLANMASI

1. Genel Olarak

2000'li yılların başından itibaren ekonomistler platformların geleneksel iş şekillerinden önemli yönlerden farklılık arzettiğinin farkına varmışlardır. Takip eden dönemde dijital platformlar ulusal ve global bağlamda ekonomideki en önde gelen oyunculardan biri olmuştur. Bu konuya dair en önemli husus iki veya daha fazla birbirleri ile bağlantılı müşteri grubuna hizmet eden platform bakımından pazarların ne şekilde tanımlanabileceğidir.[136]

---

[134] EVANS / NOEL, s. 109-110.

[135] EVANS / NOEL, s. 110-113.

[136] EVANS David S. / SCHMALENSEE Richard, **Antitrust Analysis of Platform Markets: Why the Supreme Court Got it Right in American Express**, Competition Policy International, 2019, s. 9.

Platformların karakteristik özelliği olan bir platformun farklı taraflarının yakın bağlantılarının bulunması[137] (ilan verenler, okuyucuların yer aldığı platformda olmayı arzu etmektedir) pazar tanımının bu bağlantıları nasıl yansıtması gerektiği şeklindeki temel sorunun sorulmasına neden olmaktadır.[138] Şöyle ki bir anlaşma, eylem veya bir birleşme çok taraflı (multi-sided) bir platform ya da çok taraflı bir platform ile ticaret yapan bir firmayı içerdiğinde cevaplanması gereken öncelikli soru tanımlanacak kaç tane pazar bulunduğudur.[139] Çok sayıda ürünün bulunduğu durumlarda bu sorunun cevabı pazarın kapsamını ve dolayısıyla da birbirinden farklı bu ürünlerin aynı mı yoksa farklı mı pazarlara dâhil olduğunu tanımlayan pazar tanımı faaliyetidir. Buna karşın çok taraflı platformlarda, bir platformun pazarın taraflarından birine tedarik ettiği ürün, pazarın diğer tarafına sağladığı ürün ile rekabet halinde değildir.[140]

Bu sorunu örnekler üzerinden ele aldığımızda gazeteler arasında gerçekleşecek bir birleşmede, gazeteler için bir pazar mı bulunduğu ya da gazetelerde ilan verme bakımından bir pazar ve haber dağıtımı yönünden de bir pazar olmak üzere iki ayrı pazar mı bulunduğunun tespiti gerekmektedir. Aynı şekilde ödeme kartlarını içeren kredi kartı ağında da kredi kartı hizmetleri için tek bir pazar mı yoksa kart sahiplerine yönelik kredi kartı hizmetleri pazarı ve işyerlerine yönelik kredi kartı hizmetleri pazarı olmak üzere iki ayrı pazar bulunup bulunmadığı da cevaplanmalıdır.[141]

Bu çerçevede yukarıda yer verilen iki farklı pazar yaklaşımından hareketle öğretide bir görüş ilgili ürün pazarını platformun her iki tarafını da kapsayacak şekilde tanımlamaktadır. Bu yaklaşıma göre bir kişi, *Airbnb*'yi bir tarafta ev sahiplerine diğer tarafta da kiracılara yönelik olarak kira sözleşmesinin taraflarını bir araya getirme hizmeti satımını içeren tek ürüne

---

[137] "Pazarın yanlış tanımlanması, yapılan diğer bütün tespit ve değerlendirmelerin geçersiz kabul edilmesine yol açabileceğinden, çift taraflı pazar yapısı gibi pazar tanımını değiştirebileceği iddia edilen bir verinin göz ardı edilmemesi gerekmektedir." GÜNDÜZ Hale, **Çift Taraflı Pazarlarda Rekabet Hukuku Uygulamaları**, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 106, Ankara 2009, s. 21.

[138] KATZ Michael / SALLET Jonathan, "Multisided Platforms and Antitrust Enforcement", 127 **Yale Law Journal** 2142 (2018), s. 2144.

[139] OECD (2018) Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms, s. 12, www.oecd.org/competition/rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms.htm (Erişim Tarihi: 17.02.2021).

[140] OECD (2018) s. 12.

[141] GERADIN / FILISTRUCCHI / DAMME / AFFELDT, s. 4.

dayalı bir pazarda rekabet eden bir şirket olarak görebilecektir. Bu yaklaşım öğretide '*single-market approach*' şeklinde adlandırılmaktadır. Buna karşın diğer görüş ise çok taraflı platformları birden çok ve ayrı, fakat birbiri ile son derece etkileşim içinde bulunan pazarlar olarak tanımlamaktadır. *Airbnb* bir pazarda ev sahiplerine destek hizmeti sağlamaya katılmakta, diğer pazarda ise kısa süreli kiracılara hizmet sağlamaya katılmaktadır. Öğretide söz konusu alternatif, '*multiple-markets approach*' olarak adlandırılmaktadır.[142]

Bu iki farklı yaklaşım arasında tek pazar yaklaşımına karşı olanlar güçlü gerekçeler ileri sürmektedir. Bir pazardaki ürünlerin kapsamını tanımlarken, eğer potansiyel alıcılar iki ürünü yeterli derecede yakın ikame ürünler olarak görüyorsa ekonomistler ve mahkemeler bu ürünleri aynı ilgili pazara dahil edeceklerdir. Nitekim bu mantıkla tutarlı olarak gazeteler gibi bazı platformların iki farklı pazarda rekabet ettiği mahkemeler tarafından uzun süredir kabul edilegelmiştir. Örneğin ABD Yüksek Mahkemesinin[143] *Times-Picayune Publishing Co. v. United States* kararında her gazetenin aslında birbirine bağımlı fakat ayrı pazarlarda çift tacir pozisyonunda olduğunu kabul etmiştir. Şöyle ki gazete, okuyucularına haber ve ilan edilen içeriği satmakta, bu okuyucular da aslında gazetenin ilana ayrılan bölümlerinin alıcılarına satılmaktadır. Mahkeme iki ayrı pazarın tespiti sonrasında söz konusu davanın sadece bu iki pazardan biri ile ilgili olduğu sonucuna varmıştır. Bu tanım, iki ürünün sadece yeterli derecede yakın ikame edilebilir ürünler ise aynı pazarda yer aldıkları biçimindeki prensip ile de tutarlıdır. Zira bir gazeteyi okumak açık bir şekilde ilan satın almanın ikamesi değildir.[144]

Platform bakımından tek bir (iki taraflı) pazar bulunduğu şeklinde ulaşılan sonucun yol açabileceği bir diğer sorun ise bir pazarın tanımı ile bir firmanın iş modeli arasında karmaşıklık meydana gelme riskidir. Örneğin *Netflix* gibi bazı video aktarım hizmeti sunan firmalar bu hizmetleri tüketicilerine ayrıca ilan gelirlerine sahip olmaksızın bir ücret karşılığında sunmaktadır. Diğer taraftan *Youtube* gibi diğer bazı firmalar ilan verenleri çekebilmek amacıyla izleyici kazanabilmek için hizmetlerini ücretsiz sunmayı tercih etmektedir. *Hulu* gibi firmalar ise hem tüketicilerden hem de ilan verenlerden ücret talep edebilmektedir. İlk modelin tek taraflı, ikincisinin iki taraflı ve sonuncusunun da çok taraflı pazar niteliğinde olduğu düşünülmektedir.[145]

---

142 KATZ / SALLET, s. 2144-2145.

143 Times-Picayune Publishing Co. v. United States, 345 U.S. 594 (1953).

144 KATZ / SALLET, s. 2154.

145 KATZ / SALLET, s. 2155.

Platforma ilişkin pazar tanımının tek taraflı bir pazar şeklinde yapılması halinde ortaya çıkacağı savunulan diğer bir problem ise rekabet şartlarının bir platformun iki tarafında da farklı olabilmesidir. Bu nedenle bir pazarın rekabet düzeyinin değerlendirilmesi ortaya karmaşık ve tamamlanmamış bir görüntü çıkmasına neden olabilir. Belli bir platformun farklı taraflarındaki kullanıcılara hizmet sunabilmek için farklı tedarikçi grupları rekabet ettiğinden, rekabet şartları farklı olabilir. Hatta platformun farklı taraflarında rekabet eden grupların aynı olduğu durumda dahi farklı taraflarda yer alan kullanıcıların bilgi düzeyleri ve pazaryeri bilgileri farklılık gösterebilir. Platformun iki tarafındaki rekabet şartlarının farklı olabilmesinin bir diğer nedeni de bazı endüstrilerde belirli kullanıcı gruplarının tek bir platformun müşterisi olma eğilimi taşımalarıdır. Örneğin akıllı telefon sahiplerinin çoğu ya *Apple*'ın ya da *Android*'in mobil işletim sistemini kullanmaktadır. Bu uygulama tekli erişim (single homing) olarak bilinmektedir. Buna karşın cep telefonu uygulamalarının çoğunluğunun geliştiricileri *Apple* ve *Android* platformlarının her ikisine de eşzamanlı olarak katılmaktadır ki bu uygulama da çoklu erişim (*multi-homing*) olarak bilinmektedir.[146]

Buna ek olarak platformun iki tarafı arasındaki işlemlerin gerçekleşmesini sağlayan "işlem platform"larının tek bir pazar olarak kabul edilmesi gerektiğini savunanlara göre bu tür platformlar için uygun pazar tanımı platformun her iki tarafı da kapsadığı durumdur. Zira pratik anlamda hiçbir platform işlemin bir tarafını gerçekleştirmek için rekabet içerisine girmez. Bu nedenle platformun her iki tarafı da işlemlerini tamamlamak için platform kullanmayı seçmedikçe bu platformda işlem gerçekleşmeyecektir. Buna karşın tek pazar yaklaşımına karşı iki argüman ileri sürülmektedir. İlki yukarıda da değindiğimiz ilgili pazarın ikame ürünler içerdiği prensibine dayanmaktadır. İkincisi de yine yukarıda ifade edilen tek pazar yaklaşımının işlem platformunun iki tarafının rekabet şartlarının birbirinden farklı olabileceğini dikkate almada başarısız olduğudur.[147]

Öğretide başka bir görüş ise platformların tek pazar olarak tanımlanıp tanımlanmaması gerektiği yönündeki tartışmayı başka bir boyuta taşımaktadır. Bu görüş pazar tanımının daima platformun her iki tarafını da dikkate alması gerektiğini fakat tek pazar veya iki pazar şeklindeki pazar tanımlarının iki taraflı platformun yapısına bağlı olarak yapılması gerektiğini ileri

---

[146] KATZ / SALLET, s. 2155-2156.

[147] KATZ / SALLET, s. 2158.

sürmüştür.[148] Bu noktada platformun yapısına bağlı olarak işlem platformları (bir işleme dayalı) ve işlem dışı platformlar ayrımı yapılmıştır. Medyaya ilişkin platformların çoğunda olduğu gibi iki taraflı işlem dışı platformlar platformun iki tarafı arasında bir işlemin bulunmaması ile karakterize edilmektedir. Bu tip platformlarda etkileşim mevcut bulunmasına rağmen genellikle bu etkileşim görülebilir (tespit edilebilir) olmadığından bir işlem başına veya bir etkileşim başına ücretlendirme yapılabilmesi de mümkün olamamaktadır. Örneğin bir medya platformunda okuyucunun ilan veren tarafından yerleştirilmiş bir reklamı okuması ile bir etkileşim gerçekleşebilir. Hatta böyle bir etkileşim bir online reklam okuyucu tarafından web sayfası tıklandığında online olarak da görülebilir ve böyle bir durumda platform bir ücretlendirme yapabilir. Fakat en iyi ihtimalle reklamı gören kişinin reklam konusu ürünü aldığında gecikmiş bir işlem ortaya çıkmakta ve bu işlem de genellikle tespit edilememektedir. Zira kişinin bir ürünü bu ürünün reklamını görmesi nedeniyle alıp almadığının net bir şekilde söylenebilmesi mümkün değildir. Bu nedenle platformun bu satın alma işlemi için bir ücretlendirme yapabilmesi imkanı da ortadan kalkmaktadır. Buna karşın kredi kartı ağı gibi iki taraflı işlem platformlarında ise platform kullanıcısı iki grup arasında bir işlem bulunmakta ve bu işlem de görülebilir (tespit edilebilir) nitelik taşımaktadır. Dolayısıyla söz konusu platform sadece platforma katılım karşılığı bir fiyat belirlememekte ayrıca bu platformun kullanılması için de bir fiyatlandırma yapabilmektedir.[149] İşlem ve işlem dışı platform biçimindeki bu iki tip platform arasındaki bu fark nedeniyle iki taraflı işlem dışı platformlarda iki pazarın tanımlanması, iki taraflı işlem platformlarında sadece tek bir pazar tanımı yapılması önerisinde bulunulmuştur.[150]

---

148 GERADIN / FILISTRUCCHI / DAMME / AFFELDT, s. 4.

149 GERADIN / FILISTRUCCHI / DAMME / AFFELDT, s. 6.

150 GERADIN / FILISTRUCCHI / DAMME / AFFELDT, s. 10; Bu görüşe karşı Alman Tekel Komisyonu platformun sınıflandırmasına bakılmaksızın platformun iki grup kullanıcısı arasında güçlü dolaylı ağ etkilerinin bulunduğu durumlarda tek bir pazar tanımı yapılması gerektiğini savunmaktadır. Bundeskartellamt B6-113/15, s. 26; Alman Federal Kartel Ofisi ise tek bir pazar tanımının eşleştirme platformları için geçerli olacağını savunmaktadır. Eşleştirme platformları iki veya daha fazla sayıdaki kullanıcı grubunun üyelerinin bireysel tercihlerine uyumlu olacak şekilde aracılık sağlamaktadır. Eşleştirme platformu tarafından kolaylaştırılan irtibat kullanıcılar arasında doğrudan etkileşim sağlamaktadır. Federal Kartel Ofisine göre bir eşleştirme platformunun ürününün (Ofise göre bu ürün aracılık hizmetidir) bölünemez fakat daima her iki kullanıcı grubunu da içermesi bu tür platformlar bakımından tek bir pazar tanımı yapılabilmesinin lehine bir durum ortaya çıkarmaktadır. Bundeskartellamt B6-113/15 s. 28.

Yukarıda yer verilen açıklamalar çerçevesinde dijital platformlarda ilgili pazarın ne şekilde tanımlanabileceği bir başka anlatımla rekabet hukuku sistemlerinde ilgili pazarın tanımlanmasında halihazırda kullanılan araçların dijital platformlara ne şekilde uygulanabileceği bu konudaki tartışmaların ve işbu çalışmamızın da odak noktalarından birini oluşturmaktadır.[151] Bu bağlamda üzerinde durulması gereken ilk husus platformlara ilişkin uyuşmazlıklarda ilgili pazarın platformun iki tarafını da kapsayacak şekilde tek bir pazar olarak mı tanımlanabileceği yoksa iki tarafın ayrı ayrı değerlendirildiği iki ayrı pazar olarak mı tanımlanabileceğidir. Yukarıda da değinildiği üzere platformlar son derece farklı çeşitlerde ortaya çıkmakta ve uygulamada oldukça geniş bir alanı kapsamaktadırlar. Bu nedenle çalışmamızda spesifik olarak platform çeşitlerinden biri seçilerek bu platform üzerinden ilgili pazarın platformun iki tarafını da kapsayacak şekilde tek bir pazar olarak mı tanımlanabileceği yoksa platformun iki tarafının ayrı ayrı değerlendirildiği iki ayrı pazar olarak mı tanımlanabileceği sorusuna yanıt bulunmaya çalışılacaktır. Bu noktadan hareketle uluslararası uygulamada "kartlı ödeme sistemleri", "kredi kartı ağı" gibi adlandırmalarda da bulunulan kredi kartı piyasasında yer alan platformlar üzerinden ABD, AB ve ülkemiz rekabet hukuku sisteminde platformlar bakımından pazarın nasıl tanımlandığı aşağıda ortaya koyulmaya çalışılacaktır.

2. Kredi Kartı Piyasası Örneği Üzerinden Platformlarda Pazarın Tanımlanması

A. Kredi Kartı Piyasasının Tarafları ve İşleyiş Şekli

Kredi kartı sisteminde kart çıkaran kuruluş (*issuer*), üye işyeri anlaşması yapan kuruluş (*acquirer*), kart sahibi, üye işyeri ve kartlı sistem kuruluşu (*network operator*) olmak üzere beş oyuncu vardır. Kredi kartı piyasası işleyiş bakımından sistemde yer alan kuruluşların sayısına bağlı olarak üç taraflı sistemler ve dört taraflı sistemler olarak iki gruba ayrılabilir. Üç taraf-

---

[151] Dijital dünyada pazar sınırları "eski ekonomi" (*old economy*) de olduğu kadar belirgin olmayabilmektedir. Söz konusu sınırlar son derece hızlı bir şekilde değişebilmektedir. Buna ilaveten çok taraflı (multi-sided) platformlar söz konusu olduğunda ise pazarın tanımlanmasının geleneksel rolü problemleri izole etmekden ibaretken buna karşın çok taraflı pazarlardaki taraflar arasındaki karşılıklı bağımlılık yapılacak bir (pazar tanımı) analizin en önemli parçalarından biri haline gelmektedir. Bu nedenle öğretide dijital pazarlarda pazar tanımı analizinin daha az üzerinde durulması ve zarar teorileri ve rekabet karşıtı stratejilerin belirlenmesine ise daha fazla vurgu yapılması gerektiği ileri sürülmektedir. CREMER / MONTJOYE / SCHWEITZER, s. 3.

lı sistemde tek bir kart kuruluşu, tüketiciler ve işyerleri arasındaki ödeme işlemlerine aracılık etmekte ve bunun karşılığında kart sahibi tüketici ve işyerlerini fiyatlamaktadır.[152] Kartı piyasaya çıkaran kuruluş bir yandan ticari faaliyet gösteren işletmelerle üyelik sözleşmesi imzalarken diğer taraftan da kredi kartı sözleşmesi imzaladığı kişilere kart vermek suretiyle nakit ödemeksizin alışveriş imkanı sunmaktadır. Böylece söz konusu kuruluş, kart hamili müşterisinin yerine hamilin borçlandığı tutarı üye işyerine öder ve ödediği bu tutarı daha sonra dönem içerisinde hamilden tahsil eder.[153] Üç taraflı sistemlere *American Express* kredi kartları örnek verilebilir.[154]

Dört taraflı kart sisteminde ise kart ihraç eden ve kartı kabul eden farklı teşebbüsler söz konusudur. Kart hamilinin ilişkili olduğu kredi kartını piyasaya süren banka, ihraççı (*issuer*) banka şeklinde ifade edilirken, kredi kartını kabul eden işyerinin anlaşmalı olduğu bankaya ise kabulcü (*acquirer*) banka denilmektedir. Bir kredi kartı işleminde ihraççı ve kabulcü bankaların farklı teşebbüsler olması halinde bu bankalar arasında bir takas işlemi ve takas komisyonu söz konusu olmaktadır.[155]

Kartlı ödeme sistemlerinde, bir bankanın üstlenebileceği iki işlev bulunmaktadır. Bunlardan birincisi ihraççılık, ikincisi ise kabulcülüktür. Bir banka aynı anda kabulcü ve ihraççı olabileceği gibi, sadece ihraççı durumunda da olabilir. Kart ihraç eden bankalar kredi kartları basmakta ve müşterilerine dağıtmakta, kabulcü bankalar ise üye işyerleri ile belirli bir komisyon (işyeri komisyonu) ücreti karşılığında anlaşmalar yaparak bu işyerlerine satış noktası terminalleri (*POS-Point of Sale Terminal*) sağlamaktadır. Bir işyeri bir kabulcü banka ile anlaşma yapınca, o bankada söz konusu işyeri için bir hesap açılmakta ve işyeri tüketicilerin kartlı ödeme yapmalarından kaynaklanan bütün alacaklarını anlaşmalı olduğu bu bankadan almaktadır. Örneğin, bir işyeri A bankası ile anlaşmalı olsun ve tüketici B bankasının kredi kartını kullanarak bu mağazadan alışveriş yapsın. Bu durumda mağa-

---

[152] KOÇ Ali Fuat, **İki Taraflı Piyasalar ve Türkiye'de Kredi Kartları Piyasasının Ekonomik Analizi**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012, s. 31; GRANIERI Massimiliano Granieri, "Two-Sided Markets and the Credit Card Industry: Are Antitrust Authorities Missing the Big Picture?" (August 23, 2011), s. 8-9. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=1915056. or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1915056 (Erişim Tarihi: 17.02.2021).

[153] KAYA Ferudun, **Türkiye'de Kredi Kartı Uygulaması**, Türkiye Bankalar Birliği Yayın No: 263, Ocak 2009, s. 58-59.

[154] KOÇ, s. 32.

[155] KOÇ, s. 32.

za, B bankası ile herhangi bir iletişim kurmamakta, alışveriş tutarını A bankasından almaktadır.[156]

Kart hamilinin kart bilgileri, üye işyerindeki POS cihazı aracılığıyla kabulcü bankaya aktarılmakta, oradan da kart hamilinin bankasına, yani ihraççı bankaya aktarılmaktadır. İhraççı banka, kart hamiline her ay hesap özeti bilgilerini yollamaktadır. Kart hamili ise üye işyerinden almış olduğu mal veya hizmetin bedelini kendi ihraççı bankasına ödemekte, ihraççı banka da takas komisyonunu kestikten sonra kalan bedeli üye işyerinin kabulcü bankasına ödemektedir. Son olarak kabulcü banka, üye işyeri komisyonunu kestikten sonra kalan meblağı üye işyerine aktarmaktadır.[157] Bir örnek üzerinden açıklamak gerekirse müşteri bir mal veya hizmet satın alıp, kart ile ödemeyi yaptığında ihraççı banka, kabulcü bankaya kendi maliyetlerini karşılamak için belirlenen takas komisyonu kadar bir kesinti yaparak ödemeyi yapacaktır (takas komisyonunun %3 olduğunu varsayarsak, 100 TL'lik bir işlem için: 97 TL). Kabulcü banka ise takas komisyonuna kendi ücretini de ekleyecek ve işyeri komisyonunu keserek üye işyerine ürünün bedelini ödeyecektir (İşyeri komisyonunun %5 olması durumunda: 95 TL). Bu durumda kabulcü banka gelir olarak 2 TL, ihraççı banka 3 TL alırken, üye işyeri sattığı üründen 95 TL gelir elde etmekte ve kart hamili de vade sonunda ürünün etiket fiyatı olan 100 TL'yi ihraççı bankaya ödemektedir. Kabulcü banka ve ihraççı bankanın aynı banka olması durumunda ise herhangi bir takas işlemi ve takas komisyonu olmamakta, sistem üç taraflı kart sistemi gibi işlemektedir.[158]

Bazı durumlarda, kart hamilinin bankası ile üye işyerinin anlaşmalı bankası, yani ihraççı ve kabulcü bankalar aynı olabilir. Bu tür işlemlere takassız (*on-us*) işlemler denmekte olup bu durumda bir takas işlemi gerçekleşmemektedir. Takas işlemi gerçekleşmediğinden, kabulcü banka için herhangi bir takas maliyeti oluşmamakta, bu nedenle de bankalar takassız işlemler için üye işyerlerinden daha düşük üye işyeri komisyonu talep etmektedir. Sonuçta bir kabulcü banka ile bir işyeri arasında yapılan sözleşmede, biri takaslı, öteki ise takassız işlemler için olmak üzere iki ayrı üye işyeri komisyonu bulunmakta-

---

[156] Rekabet Kurumu Sektör Raporları, "Tüm Kartları Kabul Kuralına İlişkin Sektör Raporu", 25.11.2009, s. 4. https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/sektor-raporlari/2-tum-kartlari-kabul-ku (Erişim Tarihi: 17.02.2021).

[157] Rekabet Kurumu Sektör Raporları, "Tüm Kartları Kabul Kuralına İlişkin Sektör Raporu", 25.11.2009, s. 6.

[158] KOÇ, s. 32.

dır. Yukarıda yer verilen sistemin işlemesi ve kabulcü banka ile ihraççı banka arasındaki takas-mutabakat işlemlerinin gerçekleştirilebilmesi için kartlı sistem kuruluşları faaliyet göstermektedir. Dünyada en yaygın olan kartlı sistem kuruluşları *Visa* ve *MasterCard*'dır. Bunların dışında *American Express (Amex), Diners Club* ve *JCB* gibi platformlar da hizmet vermektedir. *Visa* ve *MasterCard* dört taraflı sistemler (*four-party systems*) olarak adlandırılmakta, buna karşın *Amex* ve *Diners Club* gibi kuruluşlar ise üç-taraflı sistemler (*three-party systems*) olarak adlandırılmaktadır. *Visa* ve *MasterCard*, ihraççılık ve kabulcülük yapan bankaların oluşturduğu birlikler olup, kart kullanıcısının ve üye işyerinin farklı bankalarla çalışabildiği sistemler olduğu için dört-taraflı sistemler olarak sayılmaktadır. Bu tip bir işlemde *Visa* ya da *MasterCard*'ın takas kuralları ve oranları geçerlidir; ancak üye işyeri ve kart kullanıcısından tahsil edilecek ücretleri üye bankalar kendileri belirlemektedir. *Amex* ve *Diners Club* ise hem doğrudan kart ihraç ederek kart kullanıcılarından ücret almakta hem de üye işyeri anlaşması yaparak komisyon geliri elde etmekte ve bu yönüyle dört-taraflı sistemlerden ayrılmaktadırlar.[159]

B. Amerika Birleşik Devletleri

a. *Ohio v. American Express Co.* Kararı

Amerika Birleşik Devletleri rekabet hukuku sisteminin kredi kartı piyasasındaki platformlara yönelik nasıl bir pazar tanımı yapmayı tercih ettiğini ortaya koyan en güncel karar Yüksek Mahkeme'nin *Ohio v. American Express Co. ("Amex")* kararıdır.[160] *Amex* kararı iki taraflı platformlara ilişkin yoğun tartışmaları içeren nadir kararlardan olmasından ötürü salt Amerikan rekabet hukuku sistemini ilgilendirmesinin dışında bu alandaki teorik tartışmalar açısından karşılaştırmalı rekabet hukuku bakımından da çok büyük bir önem taşımaktadır.

Amex kararı ilk defa spesifik olarak uyuşmazlık konusu uygulamanın platformun farklı taraflarındaki kullanıcıların refahı üzerinde karşıt etkiler meydana getirme olasılığının nasıl açıklanabileceğine yoğunlaşmaktadır. Buna ek olarak bahse konu karar ilk defa platformlar hakkındaki yeni ekonomi öğretisinin rekabet hukukunu ne şekilde etkilemesi gerektiğini dikkate almıştır.[161]

---

[159] Rekabet Kurumu Sektör Raporları, "Tüm Kartları Kabul Kuralına İlişkin Sektör Raporu", 25.11.2009, s. 6-7.

[160] Ohio v. American Express Co., 138 S. Ct. 2274 (2018).

[161] KATZ Michael L. / MELAMED A. Douglas, "Competition Law as Common Law: American Express and the Evolution of Antitrust", **University of Pennsylvania Law Review** (forthcoming 2020), s. 4-5.

Söz konusu karara bu büyük önemin atfedilmesinin bir başka nedeni de söz konusu kararın dokuz yargıçlı Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi'nde 5'e karşı 4 gibi birbirine oldukça yakın bir oy farkı ile verilmiş bir karar olmasıdır. Yukarıda yer verilen nedenlerden ötürü Yüksek Mahkemenin *Amex* kararı çalışmamızda özel olarak incelenmiştir.

Bu doğrultuda çalışmamızın kapsamı dikkate alınarak, aşağıda çoğunluk kararı ile muhalefet görüşü başlıklarında Amex kararının sadece pazar tanımını ilgilendiren kısımlarına yer verilmesi tercih edilmiştir.

aa. Maddi Vakıa

American Express Company ve *American Express Travel Related Services Company* (iki şirkete birlikte atfen "*Amex"*) hem kart sahiplerine hem de işyerlerine kredi kartı hizmetleri sağlamaktadır. Bir kart sahibi, *Amex* kredi kartlarını kabul eden bir işyerinden bir ürün satın aldığında *Amex* bu işlemi kendi ağı vasıtasıyla tamamlamakta ve vakit geçirmeksizin hizmet ücreti kesintisi yaparak işyerine ödeme yapmaktadır. *Amex* kart sahibinin kredilendirilmesinden ziyade harcamaları üzerine yoğunlaşan farklı bir iş modeli kullanarak rakipleri *Visa* ve *MasterCard* ile rekabet etmektedir. Kart sahiplerinin harcamaya teşvik etmek için kart sahiplerine diğer kredi kartı şirketlerinden daha iyi ödüller vermektedir. *Amex* kart sahiplerinin kendisine karşı sadakatlerini korumak için bahse konu ödül programını uygulamaya devam etmek zorundadır. Fakat *Amex*'in ödül programı görünümündeki bu yatırımını finanse edebilmesi için iş yerlerinden (*merchant*) rakiplerinin işyerlerinden talep ettiği ücretlerden daha yüksek (verdiği hizmet karşılığı) ücret alması gerekmektedir. İş yeri sahipleri de *Amex*'in kendilerine uyguladığı bu yüksek ücretten kaçınmak için satış noktasında bazen kart sahiplerini *Amex* kartını kullanmaktan vazgeçirme teşebbüsünde bulunmaktadır. Bu uygulama "yönlendirme" olarak bilinmektedir. *Amex* bu uygulama ile mücadele etmek için iş yerleri ile akdettiği sözleşmelere yönlendirme önleyici hükümler[162] koymaktadır.

Amerika Birleşik Devletleri ve birkaç eyalet söz konusu yönlendirme önleyici hükümlerin Sherman Yasası'nın 1. bölümünü ihlal ettiği gerekçe-

---

[162] Yönlendirme önleyici hüküm işyerlerini mağazalarına girmiş olan ve ürün almak üzere olan müşterilerini sahip oldukları *Amex* kartını kullanmaktan vazgeçirmelerini ve dolayısıyla da *American Express* kartı kullanılarak yapılan satın alma işleminden dolayı *Amex*'e ödemeleri gereken ücretten kaçınmalarını yasaklayan hükümdür. Ohio v. American Express Co., 138 S. Ct. 2274 (2018).

siyle işbu davayı açmışlardır. Federal İlk derece mahkemesi kredi kartı piyasasının biri kart sahipleri diğeri işyerleri için olmak üzere iki ayrı pazar olarak kabul edilmesi gerektiği ve *Amex*'in yönlendirme önleyici hükümlerinin de işyerlerinin daha yüksek ücret ödemelerine sebep olması nedeniyle rekabet karşıtı olduğu sonucuna varmıştır.[163] Federal Temyiz Mahkemesi (*Second Circuit*) ise söz konusu kararı bozarak, kredi kartı pazarının iki değil tek pazar olduğuna ve yönlendirme önleyici hükümlerin anılan 1. bölümü ihlal etmediğine karar vermiştir.[164] Sonrasında anılan karar aleyhine Yüksek Mahkemeye başvurulmuştur.

bb. Çoğunluk Kararı

Bir kredi kartı sahibi kartını bir işyerinden bir ürün almak için kullandığında bu işlem bir kredi kartı ağı tarafından tamamlanmaktadır. Bu kredi kartı ağı, hem işyerlerine hem de kart sahiplerine birbirlerinden ayrı fakat karşılıklı ilişki içerisinde olan hizmetler sağlamaktadır. Bu hizmetlerin sağlanması yoluyla kredi kartı şirketleri söz konusu tarafları bir araya getirmekte ve ekonomistlerin "iki taraflı platform" olarak adlandırdıkları sistemi yönetmektedir. Bu platform aralarında aracılık yapılması için platforma bağımlı olan iki farklı gruba yine birbirlerinden farklı ürün ve hizmetler sunmaktadır. Kredi kartları bakımından bu etkileşim bir işlemdir. Bu nedenle kredi kartı ağları bir "işlem" platformu olarak bilinen iki taraflı platformun özel bir tipidir. İşlem platformlarının önemli özelliği bunların platformun bir tarafına satış yapabilmelerinin platformun diğer tarafına aynı anda satış yapmalarına bağlı olmasıdır. Örneğin kart sahibi ve işyerinin ikisi de aynı anda kredi kartı ağını kullanmaya razı olmadıkça kredi kartı işlemi gerçekleşemeyecektir.

---

[163] Federal ilk derece mahkemesi yönlendirme önleyici hükmün: a) İşyerlerinin, kendilerinden daha düşük ücret talep eden kredi kartı ağlarını kullanmaları yönünde tüketicilerini özendirmesini yasaklayarak *American Express* ve rakipleri arasında işyeri ücretlerine ilişkin rekabet içerisine girilmesi teşviğini azalttığı; b) Düşük işyeri ücretine dayalı olarak rekabet etme çabası içerisindeki *Discover* ve diğer rakipleri dışladığı; c) *Amex* ve kredi kartı rakipleri tarafından daha yüksek işyeri ücreti belirlenmesine neden olduğu; d) Amex kart sahiplerine sunulan hizmetlerde ve yine bu kart sahiplerinin edindikleri faydalarda dengeleyici bir iyileşmeye yol açmadığı; e) Bu nedenle hem daha yüksek işyeri ücretlerine hem de *American Express*'in hizmetleri için daha yüksek "net" (iki tarafa uygulanan ücretin toplamı) fiyata neden olduğu tespitlerinde bulunmuştur. KATZ / MELAMED, s. 19.

[164] Federal Temyiz Mahkemesi davacıların bu davada, yönlendirme önleyici hükümlerin kredi kartı ile yapılan alımların nitelik ve niceliğini azalttığını ortaya koymak suretiyle *Amex* müşterilerinin hem kart sahiplerinin hem de işyerlerinin tümü bakımından uğradığı iddia edilen net zararını kanıtlama yükü altında olduğu sonucuna varmıştır. KATZ / MELAMED, s. 20.

İki taraflı platformlar geleneksel pazarlardan önemli yönlerden ayrılmaktadır. Bunlardan en önemlisi ise bu tür platformların dolaylı ağ etkileri göstermesidir. Buna göre iki taraflı bir platformun sağladığı hizmetlerin değeri platformun her iki tarafına yönelik katılımda artış yaşandığı için artacaktır. İki taraflı platformlar (platforma) yeterli katılımı sağlamak için her iki tarafa yönelik ücretlendirmelerinde hassas olmak zorundadır. Bir tarafa yönelik ücretin artırılması bu tarafa katılımın azalması riskini ortaya çıkarırken bu durum diğer tarafın platforma verdiği değeri de azaltabilecektir. Fakat bazen dolaylı ağ etkileri söz konusu platformların bir tarafının diğerine göre daha fazla ücretlendirilmesini gerektirebilir. Optimal fiyat daha esnek talebe sahip tarafın maliyetin altında ücretlendirilmesini zorunlu kılabilir. Örneğin kredi kartı ağları, kart sahiplerini işyerlerinden daha düşük bir miktarda ücretlendirebilir.[165] Esasında söz konusu ağlar, kart sahiplerine havayolu milleri, hediye kartları gibi ödül imkânları sunarak kart sahipleri karşısında gelir kaybı da yaşayabilirler. Kredi kartı ağları bu yolu izleyebilir çünkü kart sahibi sayısında bu nedenle yaşanacak bir yükseliş bu kartı kabul edecek işyerlerinin sayısını da artıracaktır. Böylece bahse konu ağlar bu işyerlerini her bir işlem için (genellikle alım fiyatının belli bir oranında) ücretlendirebilecektir. Platformun her iki tarafına da yansıtılacak ücretlerin optimal dengesini bulmak iki taraflı platformların rakipleri ile rekabet edebilmeleri ve verdikleri hizmetlerin değerini maksimum seviyeye çıkarabilmeleri için çok önemlidir.

Visa ve *Mastercard* banka kooperatifi olarak faaliyete başladıklarından hemen hemen her banka *Visa* ya da *MasterCard* ağı dâhilinde kredi kartlarını sunmaktadır ki bu da ortalama her tüketicinin veya işyerinin *Visa* veya *MasterCard* taşımasını veya kabul etmesini olası kılmaktadır. Bu durumun sonucu olarak *Amex* kart sahiplerinin büyük bir çoğunluğu *Visa* veya *MasterCard*'a da sahipken, *Visa* ve *MasterCard* sahiplerinin sadece küçük bir kısmı aynı zamanda *Amex* kartına sahiptir. *Amex* de *Visa* ve *MasterCard* ile farklı bir iş modeli uygulayarak rekabet etmektedir.[166]

---

[165] Kart sahipleri daha ücret odaklıdır, zira tüketicilerin çoğu alternatif ödeme kartları da dâhil olmak üzere çok sayıda ödeme aracına sahiptir. Buna karşın işyerleri önde gelen kredi kartı şirketlerinin sadece birinin kartını kabul edemez. Zira işyeri önde gelen kredi kartı şirketlerinin kartlarını (tümünü) kabul etmemesi halinde muhtemelen kârlı artan satışları kaybedecektir. Zira tüketicilerin çoğu kart şirketlerinin kartlarının tümünü taşımadığından bu kartlardan birini kabul etmemek (kabul etmediği kartlar bakımından) işyeri için önemli oranda satış kaybına yol açabilir. Ohio v. American Express Co., 138 S. Ct. 2274 (2018).

[166] Visa ve MasterCard'ın gelirlerinin yarısını Amex'in aksine kart sahiplerinden elde ettikleri faiz gelirleri oluşturmaktadır. Amex'in gelirlerinin çoğunu ise işyerlerinin kendisine ödediği ücretler meydana getirmektedir. Bu nedenle Amex'in iş modeli kart sahiplerinin kredilendirilmesi üzerine

Amex'in yeni iş modeli yatırımları, kart sahiplerini daha fazla harcama yapmaya teşvik ederek işyerlerine fayda sağlasa da, iş yerleri *Amex*'e daha yüksek ücretler ödemeyi tercih etmemektedir. İş yerlerinin söz konusu ücretlerden kaçınmayı denediği yollardan biri de "yönlendirme" olarak bilinen uygulamadır. *Amex* 1950'lerden beri işyerleri ile akdettiği sözleşmelere yönlendirme önleyici hükümler koymaktadır. Bu yönlendirme önleyici hükümler işyerlerinin, *Amex* kartları dışındaki kartlara yönelik bir tercihi ima etmelerini; tüketicileri *Amex* kartlarını kullanmaktan vazgeçirmelerini; tüketicileri diğer kartları kullanmak için ikna etmelerini; *Amex* kartları üzerinde özel kısıtlamalar, şartlar, ücretler koymalarını veya dezavantajlar getirmelerini; diğer kartları *Amex*'ten daha fazla desteklemelerini yasaklamıştır. Fakat yönlendirme önleyici hükümler, işyerlerini tüketicileri banka kartlarına, çeklere veya peşin ödemeye yöneltmekten alıkoymamaktadır.

Yüksek Mahkemeye göre davacılar *Amex*'in yönlendirme önleyici hükümlerinin rekabet karşıtı etkileri bulunduğunu[167] doğrudan veya dolaylı

---

değil harcamaları üzerine yoğunlaşmaktadır. Amex kart sahiplerini harcamaya teşvik etmek için diğer kredi kartı ağlarına göre daha iyi ödüller sunmaktadır. Daha yüksek ödüllerden dolayı Amex daha varlıklı ve daha fazla para harcayan kart sahiplerini kendisine çekme eğilimindedir. İşyerleri de bu kategorideki kart sahiplerine daha fazla değer atfetmekte ve Amex de bu avantajı işyerleri ile sözleşme ilişkisi içerisine girebilmek için kullanmaktadır. Amex'in bu yeni iş modeli kredi kartı piyasasını önemli oranda etkilemiştir. *Visa* ve *MasterCard*, Amex'in kendisine çektiği kart sahiplerine yönelik Amex ile rekabet içerisine girebilmek için Amex'in iş modeli gibi kart sahiplerine daha iyi ödül veren, işyerlerini ise daha yüksek ücretlendiren premium kartları piyasaya sunmuştur. Amex'in iş modelinin bir diğer etkisi ise düşük gelirli bireylere bankacılık ve kart ödeme hizmetlerinin sunulmasını sağlamış olmasıdır. Özetle bahse konu model Yüksek Mahkemeye göre kredi kartı piyasasında rekabetçi inovasyonları tetiklemiş ve bu şekilde işlem hacmini artırmış ve hizmet kalitesini geliştirmiştir. Ohio v. American Express Co., 138 S. Ct. 2274 (2018).

[167] Sherman Yasası'nın 1. bölümü kapsamındaki bir kısıtlama iki yöntemin birinde makul olmayan bir kısıtlama olarak kabul edilebilir. Bahse konu kısıtlamaların küçük bir grubu her zaman veya hemen hemen her zaman rekabeti kısıtlama ve ürün çıktı miktarını azaltma eğiliminde olduklarından *per se* hukuka aykırı olarak kabul edilebilir. Genellikle sadece yatay kısıtlamalar per se hukuka aykırı olarak nitelendirilebilir. Bu kategoriye girmeyen kısıtlamalar "*rule of reason*" altında değerlendirilir. Yüksek Mahkemeye göre bu davada her iki taraf da Amex'in yönlendirme önleyici hükümlerini doğru bir şekilde dikey kısıtlamalar olarak nitelemişlerdir. Taraflar ayrıca yine doğru bir şekilde yönlendirme önleyici hükümlerin neredeyse diğer her dikey kısıtlama gibi *rule of reason* altında değerlendirilmesi gerektiğini kabul etmişlerdir. Bir kısıtlamanın *rule of reason*'ı ihlal ettiğine karar vermek için taraflar bu davada ispat yükünü aralarında değiştiren üç aşamalı bir yapının uygulanmasında mutabık kalmışlardır. Bu yapıya göre: 1) Davacı uyuşmazlık konusu kısıtlamanın ilgili pazardaki tüketiciye zarar veren önemli bir rekabet karşıtı etkiye sahip olduğunu ispat yükü altındadır. 2) Eğer davacı bunu ispatlarsa söz konusu kısıtlamanın rekabet yanlısı bir gerekçeye dayandığını ortaya koyma yükü davalıya geçecektir. 3) Eğer davalı bu durumu ortaya koyabilirse o halde ispat yükü yeniden davacıya geçecek ve davacı rekabet yanlısı verimliliklerin daha az rekabet karşıtı araçlar yoluyla makul bir şekilde elde edilebileceğini ispat yükü altına girecektir. Ohio v. American Express Co., 138 S. Ct. 2274 (2018).

olarak ortaya koyabilir. Rekabet karşıtı etkilerin doğrudan delili, ilgili pazarda azalmış ürün çıktı miktarı, yükselmiş fiyatlar ya da düşürülmüş kalite gibi rekabet üzerindeki zararlı etkilerin ispat edilmesidir. Dolaylı delil ise pazar gücünün ispatı ve buna ek olarak uyuşmazlık konusu kısıtlamanın rekabete zarar verdiğini gösteren bazı delillerdir. Bu davada davacılar, *Amex*'in yönlendirme önleyici hükümlerinin kredi kartı piyasasında rekabet karşıtı etkilere neden olduklarını ispat için doğrudan delillere dayanmışlardır. Yüksek mahkeme bu delillerin değerlendirilmesi için öncelikle ilgili pazarı tanımlamak zorunda olduğunu ifade etmiştir. Zira pazarın tanımı olmaksızın davalının rekabeti azaltma veya ortadan kaldırma kabiliyetinin ölçülebilmesi imkânı yoktur.

Yüksek Mahkemeye göre kredi kartı ağları iki taraflı platformlardır. Dolaylı ağ etkilerinden dolayı iki taraflı platformlar azalan talebin geri besleme döngüsü (*feedback loop*)[168] riskini göze almaksızın bir tarafa yönelik ücret artırımına gidemez. İki taraflı platformların bir tarafı maliyetin altında veya üstünde ücretlendirmesi pazar gücü veya rekabet karşıtı fiyatlandırmayı değil iki tarafın talep esnekliğindeki farklılıkları yansıtmaktadır. Bu nedenle mahkemeler kredi kartı pazarını tanımlarken platformun her iki tarafını da (işyerleri ve kart sahipleri) dâhil etmelidir.

Elbette iki taraflı platformun her iki tarafını da dikkate almak her zaman gerekli değildir. Göreli fiyatlandırma ve dolaylı ağ etkilerinin tesirleri bir pazarda küçük kaldığında bu pazara (iki taraflı değil) tek taraflı pazar olarak muamele edilmelidir. Örneğin ilan içeren (satan) gazeteler muhtemelen iki taraflı bir platform olarak faaliyet göstermektedir, çünkü daha çok insan gazeteyi okudukça bir ilanın değeri artacaktır. Fakat Yüksek Mahkemeye göre gazete ilan pazarında dolaylı ağ etkileri sadece tek yönlü çalışmaktadır. Zira gazete okuyucuları büyük oranda bir gazetenin içerdiği ilanların miktarına karşı kayıtsız kalmaktadır. Bu zayıf dolaylı ağ etkilerinden dolayı gazete ilanı pazarı daha çok tek taraflı bir pazar gibi hareket etmektedir.[169]

---

[168] *Feedback loop* platformun taraflarından biri üzerindeki fiyat artışının, talebin fiyat esnekliğinin doğrudan etkisinden dolayı ilk tarafa yönelik talep üzerinde düşüşe neden olmasıdır. Sonrasında dışsallıklardan kaynaklanan dolaylı etkilerin bir sonucu olarak her iki tarafa yönelik talepte de bir azalım meydana gelmektedir. EVANS / NOEL, s. 114-115.

[169] Bazı platformlar kullanıcılar arasındaki etkileşimden bağımsız olarak değer üretmektedir. İlan destekli medya platformlarından biri olan ve okuyucular ve ilan verenler gibi iki kullanıcı türünün olduğu gazete bunlardan biridir. İlan verenler sadece okuyucular ilanlarını okuduklarında -bu etkileşimin meydana geldiği andır- fayda elde etmektedirler. Okuyucular ise bu faydayı ilanlardan bağımsız olarak gazetedeki makaleleri okuyarak elde edebilir ve bu nedenle

Fakat kredi kartı piyasası gibi iki taraflı işlem platformları farklıdır. Bu platformlar taraflar arasındaki tek ve eşzamanlı işlemleri yönetmektedir. Kredi kartları bakımından bir ağ, verdiği hizmetleri sadece bir işyeri ve kart sahibinin her ikisi de bu ağı aynı anda kullanmayı seçerse satabilir. Bu nedenle bir kredi kartı ağı ne zaman bir işlemin kartın kabulü hizmetlerinin değerini bir işyerine satarsa ayrıca bir işlemin kart ödeme hizmetlerinin değerini de kart sahibine satmak zorundadır. İşlem hizmetlerini ya kart sahiplerine ya da işyerlerine olacak şekilde ayrı ayrı satamaz. Satışları en iyi haline getirebilmek için söz konusu ağ, işyerleri ve kart sahipleri arasında en fazla sayıda karşılıklı eşleşmenin meydana gelmesini teşvik etmek için taraflara yönelik ücretlendirmesinde bir denge bulmak zorundadır.

İki taraflı işlem platformları, platformun her iki tarafı da platform tarafından sunulan hizmetleri almayı aynı anda kabul etmedikçe bir satış gerçekleştiremeyeceklerinden ötürü daha belirgin dolaylı ağ etkilerini[170] ve karşılıklı bağlantı içinde olan ücretlendirme ve talebi ortaya koymaktadır. Bu nedenle işlem platformları "sadece tek ürün arzı" hali (buradaki ürün işlemler olarak adlandırılmaktadır) olarak daha iyi anlaşılabilir. Kredi kartı piyasasındaki bu işlemler, bir işlemi yapmak için ödeme kartını kullanan kart sahibi ile bir ödeme yöntemi olarak ödeme kartını kabul eden işyeri tarafından ortak olarak kullanılmaktadır.

İki taraflı bir platformun her iki tarafını değerlendirmek ayrıca rekabeti doğru bir şekilde tespit edebilmek için de gereklidir. İşlemler bakımından iki taraflı bir platform ile sadece diğer iki taraflı platformlar rekabet edebilir. İşyerleri için işlemleri gerçekleştiren fakat (sunduğu) kredi kartlarını kullanmaya istekli kart sahibi bulunmayan bir kredi kartı şirketi, *Amex* ile rekabet içerisine giremeyecektir. Sadece kart sahiplerinin ve işyerlerinin, ağını kullanmaya

söz konusu fayda ilan verenlerle etkileşimden bağımsızdır. Bir okuyucunun gazeteyi satın alması ilan verenler için pozitif bir dışsallık ortaya çıkarırken, bir ilan verenin gazeteye ilanı yerleştirtmesi okuyucu için herhangi bir dışsallık yaratmayacaktır. Gazete gibi platformlar, basit bir yolculuk paylaşım platformundan (*ride-sharing platforms*) taşıdıkları fiyat dışı özelliklerin varlığı ile de ayrılmaktadır. Gazetedeki makalelerin kalitesi okuyucuları gazeteye çeken ve okuyucuların ilan verenler için meydana getirdiği pozitif dışsallığı içselleştirmek için gazete tarafından kullanılan önemli fiyat dışı özelliktir. Özellikle gazeteler genellikle ilan verenleri okuyuculara ilanlarını sunabilmek için fiyatlandırmakta, okuyuculara ilanları gözden geçirmeleri için para ödememektedir. Bunun yerine gazeteler düşük fiyattan ilgi çekici içerik ile okuyucuları çekmekte ve bu strateji ilan verenlerle etkileşimden bağımsız olarak değer üretmektedir. JOHNSON, s. 290.

[170] Alman Tekel Komisyonu da platformun iki grup kullanıcısı arasında güçlü dolaylı ağ etkilerinin bulunduğu durumlarda tek bir pazar tanımı yapılması gerektiğini savunmaktadır. Bundeskartellamt B6-113/15, s. 26.

istekli olduğu bir şirket (ürün olarak) işlemleri satabilir ve kredi kartı piyasasında rekabet edebilir. Benzer şekilde eğer bir işyeri pazarın önde gelen dört kredi kartını kabul etmekte fakat buna karşılık bir kart sahibi sadece *Visa* ve *Amex* kartlarını kullanıyorsa bu takdirde (söz konusu işyerinde gerçekleşecek) belirli bir işlem için sadece bu iki kredi kartı rekabete girebilir.

Yüksek Mahkemeye göre yukarıda yer verilen gerekçeler çerçevesinde iki taraflı işlem piyasalarında sadece bir pazar tanımlanmalıdır. Buradan hareketle Mahkeme davacıların *Amex*'in yönlendirme önleyici hükümlerinin rekabet karşıtı etkilerinin bulunduğunu ortaya koyup koyamadığına dair karar verebilmek için kredi kartı işlemlerine yönelik iki taraflı pazarı bir bütün olarak analiz edeceğini ifade etmiştir. Bu noktadan hareketle Mahkeme davacıların ilgili pazardaki rekabet karşıtı etkileri ispat yükünü yerine getirmekte başarısız oldukları sonucuna varmıştır. Mahkemeye göre davacılar tüm davayı *Amex*'in (yönlendirme önleyici hüküm içeren) anlaşmalarının işyerlerinin ödeyeceği ücreti arttırdığı iddialarına bağlamışlardır. Fakat Mahkeme bu argümanı ikna edici bulmamıştır.

Yüksek Mahkemeye göre davacıların işyerlerinin ödeyeceği ücretlere yönelik geliştirdikleri argümanlar öncelikle hatalı bir şekilde iki taraflı kredi kartı pazarının sadece tek bir tarafına yoğunlaşmıştır. Daha önce de açıklandığı üzere kredi kartı pazarı işyerleri ve kart sahiplerinin her ikisini de kapsayacak şekilde tanımlanmak zorundadır. Yalnızca işyerlerinin ödeyeceği ücretin üzerine yoğunlaşmak davacıların amaçlarına ulaşmada başarısız olmalarına neden olmuştur. Zira kredi kartı şirketlerinin satışa sunduğu ürün "işlemler"dir ve işlemler üzerindeki bir kısıtlamanın rekabetçi etkileri salt işyerleri göz önüne alınarak değerlendirilemez. Bir iki taraflı platformun bir tarafına uygulanan ücrette bir artış olduğu delili tek başına pazar gücünün rekabet karşıtı kullanıldığını göstermez.[171] İki taraflı kredi kartı pazarında bir

[171] Amex'in uyguladığı yükseltilmiş işyeri ücretleri, onun rekabetçi bir fiyatın üzerindeki ücretlendirme gücünü değil yürüttüğü işlemlerin maliyetinde ve verdiği hizmetlerin değerinde meydana gelmiş artışları yansıtmaktadır. Zira Amex işyeri ücretlerini, Visa ve MasterCard'ın 2000'lerin başından itibaren kendi işyeri ücretlerini artırmalarından sonra 2005 yılında yükseltmeye başlamıştır. Amex daha yüksek belirlediği işyeri ücretlerini, kart sahiplerine onların Amex'e sadakatini devam ettirmeleri ve işyerleri bakımından Amex'i değerli hale getiren (American Express kartı sahiplerinin yaptığı) harcamaların teşviği bakımından gerekli olan daha güçlü bir ödül programı teklif edebilmek için kullanmaktadır. Amex'in işyerleri ile kart sahipleri arasındaki fiyatları (burada Amex'in sunduğu hizmetler karşılığında işyerleri ve kart sahiplerinden talep ettiği ücretler kastedilmektedir) Visa ve MasterCard'tan daha farklı bir şekilde (işyerleri ve kart sahipleri arasında) dağıtması rekabet karşıtı amaçlara erişmek için pazar gücünü kullandığına dair bir delil değildir. Ohio v. American Express Co., 138 S. Ct. 2274 (2018).

bütün olarak rekabet karşıtı etkilerin varlığını ortaya koyabilmek için davacılar, *Amex*'in yönlendirme önleyici hükümlerinin kredi kartı işlemlerinin maliyetini rekabetçi düzeyin üzerine yükselttiğini[172], kredi kartı işlemlerinin sayısını azalttığını ya da kredi kartı pazarındaki rekabeti engellediğini[173] kanıtlamak zorundadır.

Buna ek olarak Yüksek Mahkeme elindeki mevcut delillerin de, davacıların Amex'in yönlendirme önleyici hükümlerinin işyeri ücretlerinde herhangi bir artışın nedeni olduğu şeklindeki görüşlerinin aksini ortaya koyar nitelikte olduğunu ifade etmiştir. Visa ve MasterCard'ın işyeri ücretleri, Amex'in (ödeme aracı olarak) kabul edilmediği işyerleri de dâhil olmak üzere yükselmeye devam etmiştir. Bu durum yükseltilmiş işyeri ücretlerinin nedeninin Amex'in yönlendirme önleyici hükümlerinin olmadığını, bu durumun daha ziyade kart sahipleri arasındaki artan rekabetten kaynaklandığını göstermektedir. Ohio v. American Express Co., 138 S. Ct. 2274 (2018).

Davacılar, Amex'in işyerlerini ücretlendirdiği satış fiyatı oranını 2005 ve 2010 yılları arasında ortalama olarak %0.09 artırdığını ve bu artışın tamamıyla kart sahiplerine verilecek ödüllere harcanmadığını gösteren deliller sunmuşlardır. Davacılar bu kanıtın Amex'in işlemlerinin fiyatının yükseldiğini gösteren bir delil olduğuna inanmaktadır. Yüksek Mahkemeye göre, davacıların argümanlarının doğru olduğu kabul edilse dahi bu delil Amex'in yönlendirme önleyici hükümlerinin ona rekabet karşıtı fiyatlar belirleme gücü verdiğini kanıtlamamaktadır. Pazar gücü, ürün çıktı miktarını kısıtlayarak kârlı bir şekilde fiyat artırımında bulunabilmektir. Yüksek Mahkeme bu noktada kendisinin fiyatların rekabetçi bir seviyenin üzerinde olduğunu ve ürün çıktı miktarının kısıtlandığını kanıtlama eğilimindeki bazı delillerin yokluğunda ürün çıktı miktarı ve fiyat üzerinden rekabetçi zarara ilişkin bir çıkarım yapmayacağını ifade etmiştir. Mahkeme bu davada da böyle bir delil bulunmadığı düşüncesindedir. Kredi kartı işlemlerinin ürün çıktı miktarı 2008'ten 2013'e %30 gibi keskin bir yükseliş yaşamıştır. Ürün çıktı miktarı artarken aynı zamanda fiyatlarında yükseldiği bir yerde, yükselen fiyatlar artan ürün talebi ile tutarlıdır. Yukarıda da açıklandığı üzere davacılar Amex'in ücretlendirmesinin rakiplerinden daha fazla olduğunu ortaya koyamamıştır. Ohio v. American Express Co., 138 S. Ct. 2274 (2018).

[172] Davacılar kredi kartı işlemlerinin fiyatının rekabetçi bir pazarda gerçekleşmesi beklenen fiyattan daha yüksek olduğuna dair herhangi bir kanıt sunamamıştır. Yüksek Mahkeme bu noktada federal ilk derece mahkemesinin davacıların Amex'in işlem fiyatlarının ya da kâr marjına ilişkin güvenilir bir ölçüt sunmakta başarısız olduğuna dair tespitini tekrar vurgulayarak, Amex'in (iş yerlerine yönelik) ücretlendirmelerinin rakip teşebbüslerinden daha fazla olup olmadığına ilişkin delilin de bir sonuca varabilmek için yetersiz olduğunu belirtmiştir. Ohio v. American Express Co., 138 S. Ct. 2274 (2018).

[173] Yüksek Mahkemeye göre davacılar ayrıca Amex'in yönlendirme önleyici hükümlerinin kredi kartı şirketleri arasındaki rekabeti engellediğini kanıtlamakta da başarısız olmuştur. Bunun aksine söz konusu hükümleri içeren anlaşmalar yürürlükte iken kredi kartı şirketlerinin ürün çıktı miktarında artış ve ürün kalitesinde de iyileşme görülmüştür. Ohio v. American Express Co., 138 S. Ct. 2274 (2018).

Amex'in yönlendirme önleyici hükümleri işyeri ücretlerine ilişkin kredi kartı ağları arasındaki rekabeti sona erdirmemiştir. Bunun yerine, söz konusu ağlar arasındaki şiddetli rekabet Amex'in işyeri ücretlerini artırma gücünü sınırlamış ve onu zaman zaman bu ücretleri düşürmeye zorlamıştır. Buna ek olarak Amex'in rakipleri Amex'in uyguladığı daha yüksek işyeri ücretlerini bu ücretlerden daha düşük işyeri ücretleri talep ederek kendi avantajlarına olacak şekilde kullanmaktadır. Visa, MasterCard ve Discover, kendi kartlarını kabul eden işyerlerini artırmıştır. Bu geniş katılımlı işyeri kabulü, bu kredi kartı ağları için büyük bir avantaj iken

Özetle Yüksek Mahkemeye göre davacılar *rule of reason* testinin ilk aşamasını tamamlayamamışlardır. *Amex*'in yönlendirme önleyici hükümlerinin rekabet karşıtı etkilere sahip olduğunu kanıtlama yükünü yerine getirememişlerdir. *Amex*'in iş modeli, markalar arası sert rekabeti teşvik etmiş ve kredi kartı işlemlerinin kalitesini ve sayısını artırmıştır.[174] Markalar arasındaki rekabetin teşvik edilmesi rekabet hukukunun öncelikli amacıdır.

cc. Muhalefet Görüşü[175]

Dünyadaki birçok hükümet, kredi kartı şirketlerinin işyerlerine yüksek ücretler getirmesine ilişkin endişelere karşı çoğu kez böyle ücretleri doğrudan düzenleyerek cevap vermiştir. Amerika Birleşik Devletleri bu yaklaşımı takip etmemiştir. Hükümet bu yaklaşımı takip etmek yerine rekabet karşıtı etkilere sahip bir sözleşmeye dayalı engeli elimine ederek kredi kartı şirketlerine karşı bu davayı açmıştır.[176] Çoğunluk kararı bu çabayı reddetmiştir.[177]

Amex içinse ciddi bir zorluk teşkil etmektedir. Zira müşteriler her işyerinde kabul edilen kartları tercih etmektedir. Amex ile rekabeti daha ileri düzeye taşımak amacıyla Visa ve MasterCard kendi kartlarını kabul eden geniş işyeri ağını ve düşük işyeri ücretlerini devam ettirebilmek amacıyla farklı tipteki kartlar için farklı işyeri ücretlendirmeleri yapmışlardır. Uzun vadede, bu rekabet kredi kartı pazarında azalan işyeri ücretleri şeklinde bir eğilim meydana getirmiştir. Ohio v. American Express Co., 138 S. Ct. 2274 (2018).

174 Son olarak Amex'in yönlendirme önleyici hükümleri aslında kredi kartı piyasasındaki negatif dışsallıkları engellemekte ve markalar arası rekabeti teşvik etmektedir. Bir işyeri satış noktasında kart sahiplerini Amex'in dışındaki kartlara yönlendirdiğinde bu durum kart sahibinin (American Express) kartının (diğer işyerlerinde) kabul edileceği yönündeki beklentisine zarar verecektir. Bir iş yerinde kartın bu şekilde kabul edilmemesinden dolayı kart sahibinin Amex'i diğer işyerlerinde kullanması daha az olası hale gelecektir. Bu dışsallık Amex'in tüm ağının istenildiği gibi çalışabilmesini tehlikeye atacaktır. Buna ek olarak, Amex'in kart sahibi harcamasının artışını teşvik etmek için yaptığı yatırımları etkisizleştirecektir ki, bu durum ödüllere ilişkin yatırımlardan vazgeçilmesine neden olarak nihayetinde kart sahiplerine ve işyerlerine zarar verecektir. Belki de en önemlisi yönlendirme önleyici hükümler Visa, MasterCard ya da Discover'ı daha düşük işyeri ücretleri teklif ederek ya da işyerlerinin (kendi) kartlarını kabülüne yönelik süreci geliştirerek Amex ile rekabet içerisine girmekten alıkoymamıştır. Ohio v. American Express Co., 138 S. Ct. 2274 (2018).

175 Muhalefet Görüşü Yargıç Stephen Breyer tarafından kaleme alınmıştır.

176 Federal ilk derece mahkemesi, *American Express*'in 2005 yılının başlangıcından itibaren beş yıl boyunca işyeri ücretlerini yükseltmiş olduğunu tespit etmiştir. *American Express* bunu yaparken, büyük işyerlerinin anılan ücret artışlarına alışveriş yapanları farklı bir kredi kartı kullanmaya teşvik ederek cevap verebileceği olasılığını göz önüne almamıştır, çünkü yönlendirme önleyici hükümler bu şekildeki herhangi bir yönlendirmeyi yasaklamıştır. Federal ilk derece mahkemesi ayrıca *American Express*'in bu 5 yıllık periyottaki işyeri ücretlerindeki artışa rağmen sözleşme ilişkisi içerisine girdiği büyük işyerlerini kaybetmediğini tespit etmiştir. İlk derece mahkemesine göre rekabete verilen zarara ilişkin doğrudan bir delil bulunmasa dahi, *American Express*'in anlamlı herhangi bir pazar payı kaybetmeksizin işyeri ücretlerini yükseltebilme gücü yine *American Express*'in ilgili pazarda güce sahip olduğunu göstermiştir. Hatta Federal ilk derece mahkemesinin elde ettiği bazı işyeri ifadelerine göre yönlendirme önleyici

hükümler olmasaydı, büyük işyerleri ücret artışlarına cevap olarak müşterileri kendilerinden daha az ücret talep eden diğer kartları kullanmaya teşvik ederdi. Muhalefet Görüşü, Ohio v. American Express Co., 138 S. Ct. 2274 (2018).

177 Federal ilk derece mahkemesi ayrıca yönlendirme önleyici hükümlerin yokluğunda işyerlerine uygulanan fiyatların daha düşük gerçekleşeceği bulgusuna ulaşmıştır. *American Express*'in rakiplerinden biri olan *Discover* 1990'ların sonunda işyerlerine diğer şirketlerden daha düşük ücretlendirme yaptığı bir iş modeli geliştirmeyi denemiştir. İlk derece mahkemesi *Discover*'ın söz konusu iş modelinin *American Express*'in (ve diğer kart şirketlerinin) yönlendirme önleyici hükümlerinden dolayı başarısız olduğuna karar vermiştir. Söz konusu hükümler daha düşük fiyatların üretebileceği herhangi avantajı ortadan kaldırdığı için *Discover* düşük fiyatlı iş modelini terketmiş ve işyerlerine uyguladığı ücretleri rakipleri ile aynı düzeye getirmek için yükseltmiştir. İlk derece mahkemesine göre bu olaylar dizisi yönlendirme önleyici hükümler tarafından rekabetçi sürece verilmiş olan zararın sembolü durumundaydı. Buna ek olarak ilk derece mahkemesi alışveriş yapanlar bakımından dengeleyici rekabet yanlısı fayda da tespit edemediğini belirtmiştir. Muhalefet Görüşü, Ohio v. American Express Co., 138 S. Ct. 2274 (2018); Yönlendirme, işyerinin kart sahiplerini daha az maliyetli ödeme şeklini kullanmaları karşılığında ödüllendirmesine izin vererek hem fiyat hem de fiyat dışı rekabeti kolaylaştırmaktadır. Kart sağlayıcılar işyerlerine uyguladıkları kart kabul ücretini azaltarak ya da kart sahiplerine sağladıkları avantajları artırarak rekabet içerisine girebilirler. Yönlendirme ile işyerleri müşterilere daha düşük kabul ücretine sahip kredi kartını kullanarak elde edilen daha düşük ücretli bir ürün ile daha fazla avantaj ile ödüllendiren bir kart ile satın alınmış daha yüksek fiyatlı bir ürün arasında bir seçim yapma imkânı vermektedir. Yönlendirme önleyici kural müşterileri en azından alternatif kartlar arasında bu seçimi yapma fırsatından mahrum bırakmaktadır. Böylece hem fiyat hem de fiyat dışı rekabeti zayıflatmaktadır. HOVENKAMP Herbert J., "Platforms and the Rule of Reason: The American Express Case", (2019), **Faculty Scholarship at Penn Law**. 2058, s. 45; *Discover* gibi *Amex*'in rakip kredi kartı ağı, müşterilerin işyerlerinin kredi kartı ağlarına ödeyeceği ücretleri hakkında bilgi sahibi olmasının olası olmaması ve işyerlerinin de müşterilerini *Discover*'a yönlendirememesi nedeniyle işyerlerine uyguladığı ücretlerde kesintiye giderek kâr elde edemeyecektir. İşyerleri 'Discover'ı tercih ederiz' şeklinde bir tabela asamayacaklar ve *Discover* kartının kullanımı karşılığında bir indirim teklifinde bulunamayacaktır. Kısacası yönlendirme önleyici hükümler işyeri ücretini düşürme yönündeki finansal teşviği ortadan kaldırmıştır. KIRKWOOD, s. 1810; Yüksek Mahkeme rekabet üzerinde meydana gelen zararın anlamına ilişkin temel bir yanlış anlamaya sahip görünmektedir. Yüksek Mahkeme yönlendirme önleyici hükümlerin *Visa*, *MasterCard* ya da *Discover*'ı daha düşük işyeri ücretleri teklif ederek ya da işyerlerinin kartlarını kabülüne yönelik süreci geliştirerek Amex ile rekabet içerisine girmekten alıkoymadığını vurgulamıştır. Fakat bu davadaki husus söz konusu hükümlerin rakip teşebbüslerin fiyatlarını azaltıp azaltmadığı ya da hatta aynı hükümlerin rakip teşebbüsleri doğrudan kısıtlayıp kısıtlamadığı değildir. Yönlendirme önleyici hükümler rakip teşebbüslerin fiyatlarını düşürme yönündeki motivasyonlarını azaltarak fiyat rekabetinin daha da azalmasına neden olmuştur. KATZ / MELAMED, s. 40; Federal ilk derece mahkemesi yönlendirme önleyici kuralın etkisinin müşterileri kart değiştirmekten caydırarak -ki bu artırılmış işyeri ücretlerini desteklemektedir- *Amex kart* için "türetilmiş talep" yaratmak olduğu sonucuna ulaşmıştır. Bu mantığı daha ikna edici yapan sebep ise, yönlendirme sonucu olarak *Amex*'i kullanmaktan vazgeçecek olan müşterilerin hepsinin tek tek, işyerlerinin hepsinin tek tek *Amex* kartın kullanıldığı işlemleri gerçekleştirmeye zorlanmaları nedeniyle aslında yaşadıkları değer kaybıdır. Her iki tarafta kazanç elde edememekte ve fakat her iki tarafta da kayıp meydana gelmektedir. Bu durumda geriye kalan tek soru, yönlendirme önleyici kuralın ağ operatörünün faaliyetinde başarılı olabilmesi bakımından minimum hacmi sağlaması için gerekli olup olmadığıdır. HOVENKAMP (2019), s. 61; Kredi kartı piyasasında kart sahipleri genellikle iki veya daha fazla kredi kartına sahip olup belirli bir işlem için hangisi kendilerini tatmin ederse onu kullanmaktadırlar. Aynı durum

Yargıç Breyer çoğunluk kararına karşı pazar tanımı yapılması gerekmediği halde pazar tanımı yapıldığı eleştirisini yöneltmiştir. Yüksek Mahkeme *Indiana Federation of Dentist* kararında pazarın ve pazar gücünün belirlenmesinin amacının kısıtlamanın rekabet üzerinde gerçekten zararlı bir etki yaratma potansiyelinin bulunup bulunmadığını tespit etmek olarak göstermiştir. Bu nedenle bir pazardaki ürün çıktı miktarının azalması hâlinde, zararlı bir etkinin bulunduğu ispat edilmiş olacağından bu durum artık pazar gücünün araştırılması ihtiyacını gereksiz hâle getirecektir. Yargıç Breyer'a göre bu durum işbu davada bütünüyle uygulanabilir niteliktedir. Çoğunluk kararına göre ise yönlendirme önleyici hükümler dikey kısıtlamalar olduğu için pazarın tanımlanması gereklidir.[178] Zira dikey kısıtlamalar bu kısıtlamaları getiren tüzelkişi pazar gücüne sahip olmadıkça - ki pazar gücü de, mahkeme ilk olarak ilgili pazarı belirlemedikçe değerlendirilemeyecektir - rekabet için risk teşkil etmeyecektir. Yargıç Breyer'a göre çoğunluk kararının göz ardı ettiği kritik nokta rekabet üzerindeki zararlı etkilerin kanıtlanmasının evleviyetle pazar gücünün kanıtlanması anlamına geldiğidir. Böyle bir güç olmaksızın kısıtlamalar davacının kanıtladığı rekabet karşıtı etkilere neden olamayacaktır.[179] Bu nedenle federal ilk derece mahkemesinin yönlendirme önleyici hükümlerden doğan gerçekleşen rekabet karşıtı zarara ilişkin tespitleri, ilgili pazar ne olursa olsun *American Express'*in bu pazarda zarara neden olabilecek kadar yeterli güce sahip olduğunu göstermektedir.[180]

---

arama motorları için de geçerlidir. Platformlar arasındaki rekabet, rekabetçi fiyatların oluşmasına ve yüksek kalitede hizmetin verilmesine yardım etmektedir. Fakat Amex'in getirdiği gibi bir yönlendirme önleyici kural tüketicinin daha az maliyetli alternatifi kullanabilmesi yönündeki motivasyonunu ortadan kaldırmaktadır. HOVENKAMP (2019), s. 44-45.

178 Çoğunluk kararı, davacıların dava konusu uygulamanın rekabet üzerindeki -artan işyeri ücretleri gibi- zararlı etkilerini somut kanıtlarla ortaya koyduklarından dolayı ilgili pazarın tanımlanmasına gerek olmadığı yönündeki iddialarını kabul etmemiştir. Zira Çoğunluğa göre, davacıların söz konusu iddialarını dayandırdıkları içtihatlarda yatay kısıtlamaların rekabet üzerinde zararlı etkiler meydana getirip getirmediği değerlendirilmiştir. Çoğunluk, Yüksek Mahkemenin içtihatlarında rekabet edenlerin kendi aralarında rekabet etmeme yönündeki yatay anlaşmaları gözönüne alındığında, bu tür anlaşmaların rekabet karşıtı olduğu sonucuna ulaşmak için pazar tanımına ihtiyaç duyulmadığı görüşünü benimsediğini ifade etmiştir. Buna karşın Yüksek Mahkeme dikey kısıtlamaların, bu kısıtlamaları getiren teşebbüs pazar gücüne sahip olmadıkça -ki bu gücün mevcut olup olmadığı da ilgili pazar tanımlanmadan tespit edilemeyecektir- genellikle bir risk taşımadığını kabul etmiştir. *Ohio v. American Express Co.*, 138 S. Ct. 2274 (2018) Dipnot 7.

179 Pazar tanımının ve pazar gücünün inceleme konusu edilmesinin amacı bir uygulamanın rekabet üzerinde gerçek zararlı etkiler meydana getirme potansiyeli bulunup bulunmadığına karar vermektir. *Federal Trade Commission v. Indiana Federation of Dentists* 476 U.S. 460 (1986).

180 Federal ilk derece mahkemesinin maddi vakıaya ilişkin tespitlerinden biri de yönlendirme önleyici hükmün Amex kartı kabul eden işyerleri için daha yüksek ürün fiyatlarına neden ol-

Bu durumda pazarın tanımını ve pazar gücünün ayrı bir şekilde ortaya konulmasını gerektiren bir sebep bulunmamaktadır. Dolayısıyla çoğunluğun pazar tanımına ilişkin yaptığı kapsamlı tartışma hukuken gereksizdir.

Çoğunluk kararının analizine göre mahkemeler kredi kartı pazarını tanımlarken kart sahipleri ve işyerlerinden meydana gelen platformun her iki tarafını da buna dâhil etmek zorundadır. Fakat Yargıç Breyer'a göre çoğunluk kararının pazar tanımına ilişkin yaptığı tartışma da yanlıştır. Çoğunluk kararının analizindeki eksiklik, Amerikan rekabet hukukunda pazar tanımının hizmet ettiği amaç göz önüne alındığında, bir kredi kartı firmasının iki taraflı platform yönettiğinin söylenebileceği şeklindeki ifadenin, neden platformun işyeri ve alışveriş yapan müşteri ile ilgili hizmetlerinin tek bir pazarda birleştirilmesi gerektiğine dair herhangi açıklamasının bulunmamasıdır. Ayrıca "*iki taraflı işlem platformu*" Amerikan rekabet hukuku alanında kullanılan ifadelerden biri değildir. Yargıç Breyer bizzat kendisinin bu kelimeleri kullanan bir mahkeme içtihadı bulamayacağını vurgulamıştır. Çoğunluk kararı bu ifadeyi aralarında aracılık yapmak için her ikisi de platforma bağımlı olan iki farklı gruba farklı ürünler veya hizmetler sunan bir işletmeyi kapsar şekilde tanımlamıştır. Bu tanımdan çıkarılabilecek dört önemli özellik bulunmaktadır: 1) farklı ürünler ve hizmetler, 2) platformun birbirine bağladığı, 3) farklı müşteri gruplarına 4) eş zamanlı işlemlerde sunulmaktadır. Çoğunluğa, bu dört özelliğe sahip işletmeler için özel bir pazar tanımı yaklaşımının uygulanmasında haklı olduğunu düşündüren husus nedir? Farklı ürün ve hizmetlerin farklı müşteri gruplarına satılması şeklindeki özellikler bu niteliği taşımamaktadır. Zira çok sayıda ürünü çok sayıda müşteri tipine satan şirketler yaygın bir şekilde bulunmaktadır. Bir altın arama şirketi hem diş hekimlerine dolgu şeklinde hem de yatırımcılara külçe şeklinde altın satabilmektedir. Yargıç Breyer bu noktada rekabet hukukunun *rule of reason* analizinin 1. aşaması[181] için birbirleri ile ikame edilemez iki ürünü bir araya getirmeyeceğini ifade etmiştir.

Zira Yargıç Breyer'a göre bir mahkeme birbirinden ayrı ve birbirleri ile ikame edilemez ürünler için (bu farklı ürünlerin) müşterileri bir araya geti-

---

duğudur. Bu tespit dahi tek başına davalının gücünün yanısıra rekabet karşıtı etkileri ortaya koymak bakımından yeterlidir. HOVENKAMP (2019), s. 50.

[181] Yargıç Breyer buradaki "*rule of reason* analizinin 1. aşaması" ifadesi ile, tarafların bir kısıtlamanın *rule of reason* testini ihlal ettiğine karar vermek için bu davada kabul ettiği ve ispat yükünü aralarında değiştiren üç aşamalı yapının ilk aşamasını kastedmektedir. Söz konusu ilk aşamada davacı taraf uyuşmazlık konusu kısıtlamanın ilgili pazardaki tüketiciye zarar veren önemli bir rekabet karşıtı etkiye sahip olduğunu ispat yükü altındadır.

remez. Zira ürünler arasındaki tamamlayıcı ilişki, pazarın tanımlanmasının taşıdığı amaçlar bakımından önemsizdir. Yargıç Breyer, Çoğunluk kararının, kendisinin işyeri ile ilgili hizmetlerin ve alışveriş yapanlar ile ilgili hizmetlerin "tamamlayıcı" olduğuna yönelik nitelemesine karşı çıktığını vurgulamıştır. Ona göre çoğunluk bu karşıt görüşünü bir akademik makaledeki şu tek cümleye dayandırmaktadır; "*bir iki taraflı pazar her iki ürünün aynı alıcı tarafından satın alındığı bu nedenle de alım kararlarında her iki ürünün fiyatının da dikkate alınmasının beklenebileceği tamamlayıcı ürünlere yönelik pazarlardan farklıdır*". Buradaki sorun, işyeri ile ilgili ve alışveriş yapanlarla ilgili hizmetlerin (bu iki kullanıcı gruba kredi kartı şirketi tarafından verilen hizmetler kastedilmektedir) birbirlerinin ikamesi niteliğinde olup olmadığıdır. Birbirlerinin ikamesi olması halinde, müşteriler bir hizmetin fiyatındaki artışa diğer hizmete geçerek yani bu diğer hizmeti almaya başlayarak cevap verebilir. Fakat Çoğunluk kararının yapmış olduğu bu ayrımın konuyla ilgili (yukarıda değinilen) sorun ile bir ilgisi bulunmamaktadır. Yargıç Breyer bu iki tip hizmetin birbirlerinin ikamesi olmadığını vurgulamıştır. İşyeri ile ilgili ve alışveriş yapanlarla ilgili hizmetler arasındaki ekonomik ilişkiye dair hangi husus çoğunluğun yeni pazar tanımı yaklaşımını haklı kılmaktadır?

Yargıç Breyer'a göre özel bir pazar tanımı kuralını "iki taraflı platformlara" uygulamaya gerekçe olarak çoğunluk kararı, bu tip platformların genellikle gösterdiği "dolaylı ağ etkileri" özelliği açıklamasını getirmektedir. Bu şekilde çoğunluk, işyeri ile ilişkili hizmetlerin satışı ve alışveriş yapanlar ile ilgili hizmetlerin satışı arasında karşılıklı bağlantı bulunduğunu ifade etmektedir. Şöyle ki, işyeri şeklindeki alıcıların sayısındaki artış alışveriş yapan alıcıların sayısında da artış anlamına gelecektir. Fakat Yargıç Breyer'a göre bu durum son derece yaygın bir uygulamadır. Örneğin çiftçilerin ürünlerini sattığı bir pazara daha çok çiftçi katıldıkça pazar muhtemelen daha çok müşteriyi kendisine çekecektir. Aynı şekilde seyahat acentaları bakımından bir seyahat acentasının biletini sattığı havayolu şirketinin sayısı arttıkça muhtemelen daha çok potansiyel yolcu bu seyahat acentasını kullanacaktır. Yargıç Breyer rekabet hukukunda bir mahkemeye, bu mahkemenin kendisinin ileri sürdüğü söz konusu örneklerdeki pazarlardan herhangi birinde rekabeti kısıtlayan bir anlaşma ile karşılaşması halinde, geleneksel pazar tanımı yaklaşımlarını terkederek birbirlerinin ikamesi değil tamamlayıcısı durumunda olan hizmetleri ilgili pazara dâhil etmesi şeklinde hiçbir öneride bulunulmadığını ileri sürmüştür**.**

Yargıç Breyer çoğunluk kararının "iki taraflı platformlar" için sergilediği özel muameleyi haklı göstermek için Yüksek Mahkemenin *United States v. Grinnell Corp*.[182] kararına dayandığını belirtmiştir. Yüksek Mahkeme *Grinnell* kararında hırsız alarm hizmetlerini ve yangın alarm hizmetlerini içeren birkaç farklı ev alarm hizmetlerini tek bir pazar olarak nitelemiştir. Mahkeme, tüketiciler bakımından hırsız alarm hizmetleri ve yangın alarm hizmetleri birbirleri ile değiştirilebilir olmamasına rağmen bu yaklaşımı sergilemiştir. Fakat söz konusu hizmetler esasında üreticiler için birbirleri ile değiştirebilir durumdadırlar. Şöyle ki, bu hizmetlerden birini sunan bir şirket kolaylıkla diğer hizmeti de sunabilir. Bu nedenle *Grinnell* kararında dayanak yapılan "ticari gerçeklik", gruplandırılan hizmetlerin ekonomistlerin "üretici ikameleri" şeklinde adlandırdığı hizmetler olmasıydı. Nitekim hukuk, aynı üretim tesisi tarafından birbirleri yerine değiştirilebilir şekilde üretilen iki ürünün, bu iki ürün talep tarafında birbirlerinin yakın ikamesi durumunda değilseler dahi aynı pazarda oldukları hususunda nettir. Bunun nedeni ise böyle ürünlerden birini üreten bir firmanın diğer üründeki fiyat artışına cevaben kolaylıkla üretimini değiştirebilmesi ve bu şekilde rakip teşebbüsün daha yüksek fiyat belirleme gücünü kısıtlayabilmesidir.

Fakat *Grinnell* kararındaki çeşitli tipteki ev alarm hizmetlerinin aksine *American Express*'in sağladığı işyeri ile ilgili ve alışveriş yapanlar ile ilgili hizmetler "üretici ikameleri" niteliğinde değildir. Bunun yerine tüketiciler için olduğu gibi üreticiler için de tamamlayıcı niteliktedirler. Kredi kartı şirketleri bu hizmetleri yine bu hizmetlerin faydalı olabilmesi için birlikte satmak zorundadır. Sonuç olarak kredi kartı şirketleri, işyeri ile ilgili fiyatlardaki bir artışa alışveriş yapanlar ile ilgili hizmetlerdeki üretimi, işyeri ile ilgili hizmetlerle değiştirerek cevap veremez. Dolayısıyla işbu davadaki konuya ilişkin "ticari gerçeklikler", *Grinnell* kararındakilerden tamamıyla farklıdır. Bu nedenle Yargıç Breyer'a göre Amerikan rekabet hukuku içtihadı çoğunluk kararının "iki taraflı platformlar" içeren pazarları tanımlamaya dönük özel yaklaşımına destek sağlamamaktadır.

Yargıç Breyer bu aşamada çoğunluğun atıf yaptığı akademik makalelere de değinmeyi tercih etmiştir. Ekonomistlere göre iki taraflı pazarın tanımlayıcı özelliği platformun pazarın taraflarından birini daha yüksek şekilde ücretlendirerek ve diğer taraf tarafından kendisine ödenen ücreti eşit miktarda düşürerek işlemlerin hacmini etkileyebilmesidir. Fakat Yargıç Breyer

---

[182] *United States v. Grinnell Corp.,* 384 U. S. 563, 571-572 (1966).

çoğunluğun tanımının hiçbir yerinde bu şarta yer verilmediğini ifade etmiştir. Ayrıca çoğunluğun atıf yaptığı makalelerin yine çoğunluğun benimsediği iki taraflı işlem platformlarını yöneten firmalara rekabet hukukunun tüm amaçları bakımından daima tek bir pazarın parçası olarak muamele edilmesi gerektiği şeklindeki kuralı desteklemediğini vurgulamıştır.

Çoğunluk kararının pazar tanımının önemli olduğunu ifade etmesinin ardında yatan neden ise eğer ilgili pazar hem işyeri ile ilgili hem de alışveriş yapanlarla ilgili hizmetleri kapsamına alırsa sonrasında davacıların yönlendirme önleyici hükümlerin bir sonucu olarak hem işyerlerine yansıtılan ücretler[183] hem de kart sahiplerine ödenen ödüller dikkate alınarak kredi kartı

---

[183] Yargıç Breyer işyeri fiyatlarındaki (ücretlerindeki) net artıştan yola çıkarak, Çoğunluk kararının, eğer ürün çıktı miktarı yükseliyorsa yükselen fiyatlar aynı ölçüde artan ürün talebi ile tutarlıdır şeklindeki argümanının öncelikle kredi kartı pazarının iki taraflı işlem platformu olması konusu ile bir ilgisinin bulunmadığını ileri sürmüştür. Genel olarak kredi kartı kullanımının son on yılda artmış olması bu kullanımın yönlendirme önleyici hükümler olmaksızın daha çok ya da daha az artacağı hususunda hiçbirşey söylememektedir. Muhalefet Görüşü, Ohio v. American Express Co., 138 S. Ct. 2274 (2018).

Her durumda kredi kartı pazarının fiyat ve ürün çıktı miktarı arasındaki olağan ilişkiyi sınırlama eğiliminde olabilen özellikleri bulunmaktadır. Özellikle kart kullanımının faydalarını sadece kart sahipleri edinebilirken, işyerleri genel olarak kredi kartı kabullerinin maliyetini tüm müşterilerine (müşteriler hangi ödeme metodunu kullanmış olursa olsun) yaymaktadır. Bu nedenle daha yüksek işyeri ücretleri kredi kartı işlem hacmi üzerinde sınırlı bir etkiye sahip olabilir. Muhalefet Görüşü, Ohio v. American Express Co., 138 S. Ct. 2274 (2018).

Çoğunluğun aklındaki "negatif dışsallık" şu şekildedir; eğer bir işyeri mağazasında bir müşteriyi American Express kartını kullanmamaya ikna ederse söz konusu müşterinin American Express kartını diğer işyerlerinin mağazalarında kullanması daha az olası olacaktır. Rekabet kanunları rekabet edenleri değil rekabeti korumak amacıyla kabul edilmiştir. Muhalefet Görüşü, Ohio v. American Express Co., 138 S. Ct. 2274 (2018); Negatif dışsallığın en bilinen örneği "kirlilik" olarak adlandırılan zarar verici fakat tazmin edilemez harekettir. Zira yol açılan kirliliğin bir fiyatı bulunmamaktadır. Devletin bu konuya ilişkin düzenlemelerinin yokluğunda üretici firmalar yarattıkları kirlilik nedeniyle herhangi bir ödeme yapmamakta dolayısıyla ne kadar çıktı üreteceklerine karar verirken kirliliğin topluma maliyetini göz ardı etmektedirler. CARLTON Dennis W. / PERLOFF Jeffrey M., **Modern Industrial Organization**, Boston: Pearson/Addison Wesley, 3. Baskı, 2000, s. 82; Yüksek Mahkemenin ifade ettiği gibi bu bir negatif dışsallıktır ve bir üçüncü taraf üzerinde tazmin edilmemiş bir zararlı etki niteliğindedir. Amex bir üçüncü taraf olarak işyerleri tüketicileri diğer kredi kartlarına yönlendirdiğinde ve tüketiciler sahip oldukları Amex kartlarını gelecekte daha az kullanmayı tercih ettiklerinde bundan zarar görmektedir. Fakat bu zararlı etki tüketicilere fayda sağlayan ve rekabeti artıran davranıştan kaynaklanmaktadır. Rekabet yoğunlaşmaktadır ve tüketiciler işyerleri bakımından ücreti daha düşük olan kredi kartını kullanma karşılığında bir indirimi ve diğer ödülleri elde ettiklerinde bundan bir fayda edinmektedirler. Tüketiciler ayrıca işyerleri bakımından ücreti daha düşük olan kredi kartını kullanmalarından yarar sağlamaktadır, çünkü bu kullanım işyerlerinin perakende ürün fiyatlarını düşürmelerine imkan vermektedir ki, bu da perakende satışında rekabetin yoğunlaşmasını sağlamaktadır. Beş yargıcın oluşturduğu çoğunluk, bir firma ne zaman fiyatını düşürse ve rakiplerinden birinin müşterilerini kendisine yönlendirse bunun söz konusu rakibi üzerinde itiraz edilebilir bir dışsallık olduğu düşüncesin-

işlemlerinin fiyatının rekabetçi bir pazarda gerçekleşmesi beklenen fiyattan daha yüksek olduğunu ispat yükü altına girecek olmasıdır.[184]

---

de görünmektedir. Fakat böyle bir düşünce fiyat rekabetini de hukuka aykırı hale getirirdi. KIRKWOOD, s. 1850; Amex yönlendirme yasağını, kart sahiplerine yönelik verdiği ödüllerin kapsamını genişletmesine fayda sağlayacak biçimde daha fazla para kazandırdığı gibi bir gerekçe ile haklılaştıramaz. Piyasa başarısızlığının yokluğunda Amex tarafından ileri sürülen bu gerekçe kabul edilemez. Bir başka deyişle Amex diğer firmaların kendisi ile rekabete girmesini engelleyerek, American Express kartı sahiplerine sunacağı ödüllere yatırım yapması şeklindeki iş modelini koruyamayacağı gibi sahip olduğu kredi kartı ağının istenildiği gibi çalışabilmesini de sağlayamayacaktır. Amex sadece eğer getirdiği kısıtlama bir piyasa başarısızlığını düzeltirse rekabeti kısıtlayabilir ve Yüksek Mahkemenin tanımladığı negative dışsallık bu piyasa başarısızlıklarından birisi değildir. KIRKWOOD, s. 1851-1852.

American Express'in işyeri ücretleri öyle yüksektir ki işyerleri müşterilerini diğer kartları kullanmaya başarılı bir şekilde ikna edebilmektedir. American Express belirlediği ücretleri düşürerek ya da kart sahiplerine sağladığı ödüller için daha fazla harcama yaparak bu problemi çözebilir. Böylece kart sahipleri (işyerlerinden kendilerine yöneltilebilecek) bu şekildeki (yönlendirme) talepleri reddederler. Muhalefet Görüşü, Ohio v. American Express Co., 138 S. Ct. 2274 (2018); Yönlendirme ayrıca iki piyasa başarısızlığını da düzeltmektedir. İlk olarak tüketicilere rakip teşebbüslerin kredi kartı maliyetleri hakkında doğru bilgi sağlamaktadır ki, bu bilgi asimetrisini azaltmaktadır. İkinci olarak ise yönlendirme, uyguladığı daha yüksek işyeri ücretlerini içselleştirmeye zorlamaktadır ki bu da tüketici refahını azaltan negatif dışsallığı ortadan kaldırmaktadır. Yönlendirme önleyici hükümler yürürlükteyken, işyerleri Amex'in kendilerine uyguladığı daha yüksek ücretlerin maliyetini sadece Amex kartı kullanarak kendilerinden ürün satın alan tüketicilere değil (kendilerinden alım yapan) tüm tüketicilere yansıtmak zorunda kalmaktadır. Bu durum çok sayıda tüketici üzerinde negatif dışsallık anlamına gelmektedir. Zira bu tüketiciler daha yüksek perakende fiyat ödemekte fakat Amex bu miktarı tazmin etmemektedir. Yönlendirme, işyerlerine bu tüketici zararını ortadan kaldırma imkanı vermekte ve tüketiciler daha yüksek fiyatları sadece Amex kart kullanmayı seçtiklerinde ödemektedir. Bunun sonucu olarak Amex'in iş kaybına uğraması muhtemel olsa da bu problemi işyerlerine uyguladığı ücretlerde indirime giderek çözebilir. KIRKWOOD, s. 1851; Amex yüksek maliyetli kartlar sunmuş ve yönlendirme önleyici hüküm uyarınca işyeri fiyatlarını artırmaya devam etmiştir. Amex'in platformunun faaliyetinde başarılı olabilmesi için kart kullanımını yükseltmek zorunda olduğu varsayılsa dahi Amex bu amaca fiyatlarını azaltarak da ulaşabilirdi. Buna ek olarak çoğunluk kararı Amex'in faaliyetlerinde başarıya ulaşmasının gerekliliklerinin ne olduğu konusunda hiçbirşey söylememiştir. HOVENKAMP (2019), s. 62.

Çoğunluk kararı, yönlendirme önleyici hükümlerin Visa, MasterCard ya da Discover'ı daha düşük işyeri ücretleri teklif ederek ya da işyerlerinin kendi kartlarını kabülüne yönelik süreci geliştirerek Amex ile rekabet içerisine girmekten alıkoymadığı sonucuna ulaşmıştır. Fakat tekrar belirtmek gerekir ki, federal ilk derece mahkemesinin maddi vakıaya ilişkin tespitleri bunun tam aksinedir. Federal ilk derece mahkemesi, yönlendirme önleyici hükümlerin aslında işyerlerinin Discover tercihlerini açıklayabilme imkânlarını redderek, Discover'ı düşük işyeri ücreti modeli izlemekten alıkoyduğunu tespit etmiştir. Çoğunluk kararının yönlendirme önleyici hükümlerin rekabet yanlısı olduğu yönündeki açıklaması bu tespit ve diğer tespitler ile doğrudan çelişmektedir. Muhalefet Görüşü, Ohio v. American Express Co., 138 S. Ct. 2274 (2018).

[184] Bu muhakemenin taşıdığı problem ise çoğunluğun, davacıların American Express'in işyerlerini ücretlendirdiği ve satış fiyatı üzerinden belirlenen oranda artışa gittiği ve bu artışın tamamıyla kredi kartı sahiplerine verilecek ödüllere harcanmadığı yönünde sundukları delillerle bunu ortaya koyduklarını kabul etmiş olmasıdır. Esasında davacılar sadece buna ilişkin delil

Yargıç Breyer yukarıda açıkladığı gerekçeler çerçevesinde, bu davadaki Çoğunluk kararının rekabet hukukunun temel prensiplerine aykırı olduğunu ve bu kararın federal ilk derece mahkemesinin kapsamlı dava kayıtlarına dayanmış olan detaylı vakıa tespitlerini dikkate almayarak onunla çeliştiğini ifade etmiştir.

dd. Çoğunluk Kararının Pazar Tanımına Yöneltilen Eleştiriler

Yüksek Mahkemenin platformun her iki tarafının da aynı ilgili pazarın içine yerleştirilmesine ihtiyaç duyulduğu şeklindeki kararı ekonominin en temel prensiplerinden birini ihlal etmiştir. Şöyle ki, pazarlar biri diğerinin satışlarını kendisine yönlendirebilecek yakın ikamelerden meydana gelen böylece rekabetin söz konusu ikame ürünleri aynı fiyattan satışa sunulmaya zorladığı pazarlardır.[185]

Prof. Hovenkamp'a göre Yüksek Mahkeme iki taraflı platformların ayırıcı özelliklerine dair çok sayıda literatüre atıf yapmıştır. Mahkeme iki taraflı işlem pazarlarında sadece bir pazar tanımlanmalıdır sonucuna ulaşmıştır. Bu gözlemlerin rekabet içerisinde olmayan malların neden aynı pazarda bir ara-

---

sunmamış, yönlendirme önleyici hükümlerden kaynaklanmış işyeri ücretlerindeki artışın (kart sahiplerine sunulan) ek ödüller, harcamalar yoluyla tamamen denkleştirilmediği ya da bunun dışında kart sahiplerine yansıtılmadığı ve daha yüksek net ücretlere neden olduğu biçiminde maddi vakıaya ilişkin tartışmasız tespitlerde bulunan federal ilk derece mahkemesini de ikna etmişlerdir. Muhalefet Görüşü, Ohio v. American Express Co., 138 S. Ct. 2274 (2018); Yeni literatürün açık bir şekilde ortaya koyduğu üzere bir platform diğer tarafın platforma atfettiği değerin artması için platformun bir tarafındaki mevcut şartlarda değişikliğe gidebilir ve sonuç, platform ve müşteriler için arzu edilebilir olabilir ki bu da ürün çıktı miktarını artırır ve rekabeti güçlendirir. Fakat bu rekabet yanlısı teori American Express kararını açıklamamaktadır. Amex sadece yüksek işyeri ücretleri belirlememiş, ödül programlarını büyütmek için söz konusu ücretleri tekrar tekrar yükseltmiş ve daha sadık ve daha değerli bir kart sahipleri grubu meydana getirmiştir. Buna ek olarak diğer kredi kartı ağlarının işyeri ücretlerini düşürmesini engellemek için dışlayıcı davranışa başvurmuştur. Bu tip bir davranış farklı bir analitik çerçeve gerektirmektedir. Bir iki taraflı platform, rakiplerinin sayısını azaltmak amacıyla adım attığında bir iki taraflı pazar tanımı yapmak ya da davacıyı bahse konu davranışın platformun bir tarafında meydana getirdiği zararlı etkilerin platformun diğer tarafında yol açtığı faydaları aştığını göstermeye zorlamak uygun bir yaklaşım değildir. Bir iki taraflı platform, platformun bir tarafındaki rakip azaltımına dönük davranışını, rekabet seviyesinin üzerindeki fiyatlama ile elde ettiği kârı diğer taraftaki müşterilere aktarmak suretiyle mazur gösteremez. Tanım itibarıyla bu davranış bir pazar gücü meydana getirmekte ve platformun bir tarafındaki müşterilerin refahını platformun bizzat kendisine aktarmaktadır. KIRKWOOD, s. 1812; "Separate effects" analizi birbirinden ayrı pazar katılımcısı her bir grubun rekabetten faydalanmaya hakkı olduğunu bunun sonucu olarak da rekabet üzerinde sebep olunan zarardan dolayı bir grubun uğradığı zararın diğer grubun rekabetteki zarardan kaynaklanarak elde ettiği kârlar ile dengelenemeyeceğini savunmuştur. KATZ / SALLET, s. 2162.

[185] HOVENKAMP Herbert J., "The Looming Crisis in Antitrust Economics (2020b)", **Faculty Scholarship at Penn Law**. 2151, s. 124.

ya getirilmesini gerektirdiği açık değildir. Tamamlayıcı ürünlerin fiyat ve çıktı miktarı elbette bir firmanın kârını maksimize edeceği çıktı miktarları ile fiyatı etkileyecektir[186], fakat bu durum bu ürünlerin pazarının tekrar tanımlanmasını gerektirmemektedir. Buna ek olarak Yüksek Mahkemenin *Amex*'in platformunun işleme dayalı geleneksel yapısına dair yaptığı tartışma, satıcılar ve alıcıların yüz yüze geldiği geleneksel pazarlara uygulanmaktadır. Örneğin eğer bir bahçıvan bir mağazadaki bir paket ıspanak tohumuna üç amerikan doları öderse eşzamanlı tek bir işlem vardır fakat bu durumda hiçbir zaman bahçıvanlar ve ıspanak tohumları için tek bir pazar tanımlanamaz.[187]

Yüksek mahkeme uyuşmazlık konusu kısıtlama dikkate alındığında doğru ilgili pazarın platformun her iki tarafı olduğuna karar vermiştir. Ayrıca kredi kartı işlemlerini bir bütün olarak ilgili pazar olarak kabul etmiştir. Prof. Hovenkamp'a göre alıcı ve satıcıyı aynı ilgili pazarda biraraya getiren bu tuhaf kullanım, ilgili pazarın herhangi bir tutarlı ekonomik analizini imkansız hale getirecektir ki, anlaşıldığı kadarıyla pazar tanımının genel olarak işlemlerden ziyade kredi kartı işlemleri ile sınırlanmış olmasının nedeni de budur.[188]

Çoğunluk kararı bir platformun her iki tarafındaki etkileri değerlendirmenin neden bir grup ikame mal ve hizmetler şeklindeki ekonomik bakımdan tutarlı ilgili pazar kavramını reddetmeyi gerektirdiğini hiçbir şekilde açıklamamıştır.[189] Hatta iki taraflı platformların ayırt edici özelliklerinden biri olan iki tarafın geri besleme döngüsünün analiz edilebilmesi için iki tarafın tek bir pazar şeklinde tanımlanmasına da gerek yoktur.[190]

Pazar tanımı ve pazar payı, pazar gücünün analizinde sadece birer başlangıç noktalarıdır. Bu noktada bir mahkeme pazar paylarına anlam verebi-

---

[186] Genel olarak bir ikame ürünün mevcudiyeti bir firmanın kendi talebin fiyat esnekliğini artırmaya hizmet edecek bu nedenle de gücünü azaltacaktır. Bir tamamlayıcının varlığı ise bir firmanın kendi talebin fiyat esnekliğinin azalmasına hizmet edecek bu nedenle de gücü artacaktır. HOVENKAMP (2019), Dipnot 68.

[187] HOVENKAMP (2019), s. 49.

[188] HOVENKAMP (2019), s. 53.

[189] HOVENKAMP (2019), s. 57.

[190] MELAMED Douglas, "The American Express Case: Back to the Future", (June 15, 2019). Forthcoming in **Colorado Technology Law Journal**, s. 14. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=3407652 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3407652, (Erişim Tarihi: 17.02.2021).

lecek çok sayıda hususu dikkate almak zorundadır. Pazar payından kaynaklı bir kanıta dayanırken en iyi yaklaşım doğru bir şekilde tanımlanmış ikame bir ürün grubu ile başlamak ve sonrasında pazar payından yapılabilecek herhangi bir güç çıkarımını zayıflatabilen veya güçlendirebilen diğer faktörleri dikkate almaktır. Bu davada iddia edilen ilgili pazar ve federal ilk derece mahkemesinin yoğunlaştığı pazarın spesifik olarak alıcıların işyerleri olduğu genel amaçlı kredi kartları için bir "ağ hizmetleri pazarı" olması ekonomik açıdan mantıklıdır. Kart sahibi işlemleri, ağ hizmetleri ile rakip durumda olmayıp daha ziyade üretimdeki tamamlayıcılar durumundadır.[191]

Prof. Hovenkamp'a göre platformun iki tarafının da aynı pazar içine yerleştirildiği durumda (gizli) işbirliği (collusion) olasılığını değerlendirebilmek mümkün olmayacaktır, çünkü iki taraf birbirleri ile rekabet halinde değildir. İkinci tarafın varlığı ilk tarafın güç kullanma potansiyelini etkileyebilir fakat bu tespitin hiçbir kısmı ikinci tarafın (ilk taraf ile) aynı pazarda yer alması şeklinde bir sonuca ulaşılmasını gerektirmeyecektir. Tamamlayıcıların mevcudiyeti ya da fiyatları elbette bir firmanın fiyatlarını artırma gücünü sınırlandırabilir. Örneğin benzinin sınırlandırılmış arzı ve yüksek fiyatı bir firmanın otomobilleri için daha yüksek fiyatlar belirleyebilme gücünü sınırlandırabilir. Bu durum bir firmanın pazar gücü tahmin edilirken ikame ürünlerin ve tamamlayıcı ürünlerin farklı amaçlara sahip olduğunu söylemenin başka bir biçimidir: ikame ürünler için yüksek fiyatlar pazar gücünü artırma eğilimindeyken, tamamlayıcılar için yüksek fiyatlar pazar gücünü azaltma eğilimindedir. Ekonomistler bu tip hesaplamaları, ikame ürünleri ve tamamlayıcı ürünleri tek bir pazarda bir araya getirmek kadar akıldışı bir şey yapmaksızın on yıllardır yapmaktadır.[192]

Amex kararında Yüksek Mahkeme her iki taraflı platformun, kendisine ait kendine özgü nitelikteki yaklaşımın kapsamına giremeyeceğine karar vermiştir. Mahkemeye göre içerisinde platformun bir tarafı ile diğer tarafında yer alanlar arasında eşzamanlı bire bir ve aralarında yakın bağlantı bulunan işlemler barındıran işleme dayalı platformlar farklı niteliktedir.[193] Bu bakımdan Mahkeme diğer platform tiplerinin platformun bir tarafı ile diğer tarafı arasında daha gevşek bir ilişki özelliği gösterdiğini ve bu tipteki platformların kendisinin 'tek pazar' kuralının kapsamına girmediğini vurgula-

[191] HOVENKAMP (2019), s. 59.

[192] HOVENKAMP (2019), s. 59-60.

[193] HOVENKAMP (2019), s. 81.

mıştır.[194] Buna göre gazete satışları ve ilan verme taraflar arasındaki ilişkilerin azaldığı yerlerdir. Bu durum arama motorları ve ilan verenin desteği ile sunulan hizmetler için de geçerlidir. Zira söz konusu örneklerde iki taraf arasında bire bir işlem bulunmamaktadır. Diğer taraftan *Netflix*, *Amazon Prime Video* ve *Hulu* gibi websiteleri de bire bir ilişki özelliğini yansıtmamaktadır. Bu sitelerde aboneler, içeriğin artan maliyetinin ücretsiz olmasını takiben genellikle düzenli olarak aylık bir ücret ödemektedir. Bu nedenle izleyicinin ulaşabildiği içeriğin hacmi ile ücretin boyutu arasında ne bir eşzamanlılık ne de yakın bir bağlantı bulunmaktadır.[195]

Buna ek olarak film ve müzik aktarımı ile ilgili de birtakım problemler bulunmaktadır. Hem *Netflix* ve *Amazon* hem de müzik aktarımı yapanlar, aktardıkları içerik için sıklıkla sabit maliyetli lisans anlaşmaları ile münhasır olmayan lisanslar elde etmektedirler. Bunun sonucu olarak film (veya müzik) sahipleri ve müşteri arasında aracı bir platform olarak hareket etmemektedirler. Bir münhasır olmayan lisansın yeniden lisanslamaya izin veren sabit bir ücret üzerinden elde edilmesinden dolayı *Netflix* ve *Amazon* kendileri satıcı haline gelmekte bu nedenle de tanımlanacak pazarın iki tarafı bulunmamakta sadece bir tarafta bir satıcı ve diğer tarafta bir alıcı bulunmaktadır. Bu kritik bir ayrımdır. Zira *Amex* kararındaki varsayıma göre işyeri kendi ürününü satmaktayken müşteri de bu ürünü satın almaktadır. *Amex* söz konusu işlemin gerçekleşmesini sağlayan yegane aracı platformdur. Satıcı *Amex*'e ürününü satmamaktadır. Dolayısıyla Prof. Hovenkamp'a göre *Amex* Çoğunluk kararının yaklaşımı ürünün platform işleticisine satıldığı veya bu ürüne ilişkin lisansın verildiği hallere uygulanamaz durumdadır.[196] Aynı şekilde Yüksek Mahkemenin getirdiği iki taraflı pazar tanımı ilan verenlerce desteklenen fakat tüketiciler ve ilan verenler arasındaki bireysel eş zamanlı işlemlerin gerçekleşmediği *Google Search*'ü kapsamamaktadır. Aynı gerekçeyle *Facebook* ve diğer sosyal ağ adresleri de bu kapsama girmemektedir.[197] Buradan hareketle Yüksek Mahkemenin *Amex* kararındaki önemli bir nokta da, iki taraflı platformların sadece görece küçük bir alt kümesinin Mahkemenin iki tarafa tek bir pazar olarak muamele etmesinin şartlarını sağlayabileceğidir.[198]

---

[194] HOVENKAMP (2019), s. 82.

[195] HOVENKAMP (2019), s. 83.

[196] HOVENKAMP (2019), s. 84.

[197] HOVENKAMP (2020a), s. 16.; SAGERS Chris, "Platforms, American Express, and the Problem of Complexity in Antitrust", 98 **Nebraska Law Review** 389 (2019), s. 406; MELAMED, s. 13.

[198] HOVENKAMP (2019), s. 88.

Pazar tanımı talep ikamesine, davacının davranışlarını kısıtlayacak alternatif satıcılara yoğunlaşmaktadır. Fakat çok taraflı platformların çoğunda rekabetçi alternatifler platformun farklı taraflarında aynı değildir. Daha az sıklıkla da olsa bu durum işlem platformları için dahi geçerlidir. Örneğin *Uber*, Yüksek Mahkemenin *Amex* kararındaki "*işlem platformu*" tanımına uyuyor görünmektedir, çünkü *Uber* sürücüleri ve yolcuları eşleştirme işindedir. Buna karşın iki taraftaki alternatifler aynı değildir. Yolcuların alternatifleri *Lyft*, taksi, araba paylaşım hizmetleri (*Zipcar*), toplu ulaşım araçları, bisikletler, skooterler ve yürüyüş gibi farklı ulaşım şekillleridir. Sürücülerin alternatifleri ise *Lyft* veya diğer benzer şirketler için sürücülük yapmak, yemek teslim hizmeti veren şirketler için çalışmak veya sürücülük içermeyen ve özel bir yetenek gerektirmeyen işlerde çalışmaktır. Tüm alternatiflerin aynı pazara dahil edilip edilmemesi gerektiği sorusuna alternatiflerin "*platformlar*" olarak ya da hatta "*işlem platformları*" olarak doğru bir şekilde nitelenip nitelenmediğine karar vermek suretiyle cevap verilemez. Yüksek Mahkeme bu ticari gerçekliklere odaklanmamış görünmektedir. Bu nedenle platformun her iki tarafını da tek bir pazara dahil etmek, her iki taraftaki muhtemel çok farklı rekabetçi alternatifleri belirlemeyi de gerektirmektedir.[199]

İki taraflı pazarın tek bir pazar şeklinde tanımlanması, pazar tanımını nihai karara ulaşmada üstlendiği rol bakımından daha az kullanışlı hale getirerek yargı kararlarının doğruluğunu azaltabilir. Pazarlar rekabet hukuku davalarında genellikle tanımlanmaktadır, çünkü bu şekilde birbiri ile rekabet eden satıcıların pazar paylarının hesaplanmasına imkân sağlamaktadır ki, bu pay oranları pazar gücünün derecesine ilişkin dolaylı bir delil niteliğinde kullanılmaktadır. Fakat genellikle işlem platformunun iki tarafı üzerindeki rekabetçi şartlar arasında ikame ürünlerin mevcudiyetindeki farklılığa, ürün farklılaştırmasına, dikey bütünlüğe, kullanıcının bilgi sahibi olmasına ve kullanıcının çoklu erişimine bağlı olarak önemli farklar bulunmaktadır. Platformun her iki tarafını da kapsayan bir pazara dayalı tek bir payın, iki tarafın üzerindeki rekabetçi şartlar arasındaki bu farkları izah edebilmesi olası değildir. Zira her iki tarafı da kapsayan tek bir pazar tanımlamak, pazar payına dair bilginin kullanışlılığını azaltmaktadır.[200]

---

[199] KATZ / MELAMED s. 35-36; MELAMED, s. 14.

[200] KATZ / MELAMED, s. 39.

İki taraflı pazarın tek bir pazar şeklinde tanımlanmasından kaynaklanan bir diğer eleştiri ise Yüksek Mahkemenin platformun iki taraflı fiyatına dair ulaştığı sonuca ilişkindir. Yüksek Mahkeme rekabet üzerinde zararın gerçekleştiğine ilişkin olarak fiyatlar dikkate alınarak bir çıkarım yapılabilmesinin, sadece eğer davacılar davalının davranışının platformun iki taraflı fiyatını (platformun işlem için iki tarafa uyguladığı fiyatların toplamı) rekabetçi seviyenin üzerine yükselttiğini kanıtlarsa mümkün olduğuna karar vermiştir. Mahkemenin görüşüne göre eğer bir işlem platformu tüketiciler ve işyerleri tarafından birlikte satın alınan tek bir ürün (işlem) satarsa bu durumda dikkate alınabilecek sadece tek bir fiyat vardır. Mahkeme tüketici refahındaki değişikliklerin tek bir (iki taraflı) fiyattaki değişim üzerinden değerlendirilebileceği inancına sahip görünmektedir. Fakat ulaşılan bu sonuç yanlıştır. Zira platformun farklı taraflarındaki kullanıcılar genellikle farklı menfaatlere sahip olduklarından dolayı tüketici refahı ve platformun davranışının verimlilik etkileri sadece bu davranışın iki taraflı fiyat üzerindeki etkileri incelenerek anlaşılamayacaktır. Bu noktada platform tarafından, platformun farklı taraflarına uygulanacak bireysel fiyatların incelenmesi kritik önemdedir.[201]

Öğretide Yüksek Mahkemenin, işleme dayalı platformların ayırıcı özelliğinin bu tip platformların işlemler şeklinde tek bir ürün sunmaları olduğu düşüncesinden hareketle yaptığı pazar tanımına "*common law*" üzerinden de ciddi eleştiriler yöneltilmiştir. Öncelikle bu dava öncesinde iki taraflı platformları içeren davalarda pazar tanımına ilişkin yönlendirici bir içtihat bulunmadığı ileri sürülmüştür. Böyle durumlarda yargılama sürecinin yargısal tecrübe eksikliği ve davanın maddi vakıaları hususlarında büyük bir itina gösterilerek dikkatlice yürütülmesi gerekmektedir. Örneğin Yüksek Mahkeme *Amex* davasında maddi vakıaya ve davaya özgü bir karar verebilir ve hatta dava sonucunda pazarın bir ya da iki tarafı da içerip içermemesine her bir dava özelinde ayrıca karar verilebileceği önerisinde bulunabilirdi. Böyle bir karar hukukun yargısal tecrübe ışığında evrilmesini sağladığı gibi platformlara dair ekonomi öğretisinin yeni yapısına saygı duyulmasını sağlardı. Bunun yerine Mahkeme geniş kapsamlı bir kural kabul etmiş ve bu kuralı ekonomi literatürünün oldukça kusurlu bir anlayışına dayandırmıştır. Akademik öğretiye duyulan güven, yargıçların ekonomi alanında uzman olmaması ve ekonomistlerin bir işlem platformunun her iki tarafı içinde tek bir pazarın tanımlanıp tanımlanmaması gerektiği hususunda aralarında bölün-

[201] KATZ / MELAMED s. 42-43.

meleri nedenleriyle dikkatli hareket etmek için daha önemli bir neden sağlamaktadır.[202]

Yüksek Mahkemenin Amex kararındaki pazar tanımına, sadece rekabet hukukçuları tarafından değil ekonomistler tarafından da ciddi eleştiriler yöneltilmiştir. Özellikle Mahkemenin müşteriler ile üye işyerlerinin kredi kartı firmasından aldığı hizmetlerin sonucunun tek bir işlem meydana getirmesi nedeniyle söz konusu iki hizmetin tek bir ilgili pazarda değerlendirilmesi gerektiği yönündeki görüşünün, temel ekonomik güçleri engelleyebileceği ileri sürülmüştür. Buna göre kredi kartları, iki farklı fonksiyon icra etmektedirler ve bir işlemi yapmak için kullanılmaktadırlar. Çelik ve kauçuk bir golf sopası yapmak için kullanılmaktadır ama bu durum kauçuk ve çeliğin aynı tek bir pazarda yer aldığını iddia etmeyi anlamlı hale getirmez. Tamamlayıcılar (*Complements*) bir tamamlayıcının fiyatı diğerine yönelik talebi etkileyebilmesine rağmen aynı ilgili pazarda değerlendirilemez.[203]

C. Avrupa Birliği

AB rekabet hukukunda kredi kartı piyasası üzerinden bir platformda pazarın ne şekilde tanımlanması gerektiğine ilişkin inceleme konusu yapılabilecek karar Avrupa Komisyonu tarafından verilen *MasterCard*[204] kararıdır. Avrupa Komisyonu dört taraflı kredi sistemine ilişkin verdiği bu kararda üç tip pazar ayrımında bulunmuştur. Bunlardan ilki "üst pazar" ya da "ağ pazarı" adlandırılan ve finansal kuruluşları kendi ağlarına katılmaya ikna etmek için rekabet içerisine giren ve söz konusu ağlar üzerinden bu kuruluşlara hizmet sağlayan farklı ödeme sistemlerinin bulunduğu pazardır. Komisyon bu pazarı sistemlerarası (*inter-system*) rekabetin gerçekleştiği yer olarak değerlendirmiştir. İkinci pazar ise finansal kuruluşlar (genellikle bankalar) arasında kart ile ilişkili faaliyetler (ihraç ve kabul) bakımından rekabetin gerçekleştiği alt pazardır. Üçüncü olarak komisyon bu alt pazar içinde de, ihraç ve kabul hizmetleri için iki ilgili pazar tanımında bulunmuştur.[205]

MasterCard, ilgili pazarın farklı ödeme kartları sistemlerinin rekabet içerisine girdikleri pazar olduğunu ileri sürmüştür. *MasterCard*, ihraççı ve

---

[202] KATZ / MELAMED, s. 32-33.

[203] CARLTON, s. 105.

[204] Case COMP/34/579 - MasterCard, Case COMP/36.518 - EuroCommerce, Case COMP/38.580 - Commercial Cards, OJ C 264, 6.11.2009. The case decided in 2007.

[205] GERADIN / FILISTRUCCHI / DAMME / AFFELDT, s. 19.

kabulcü durumundaki finansal kuruluşları, ortak bir ürün arz eden ortak bir girişimdeki işbirliği içerisindeki ortaklar olarak görmektedir. Bu bağlamda *MasterCard*, kendisinin ihraççısı ve kabulcüsü durumundaki finansal kuruluşlarla kart ödeme sistemini, kart sahipleri ve işyerlerine eşzamanlı olarak sunduklarını savunmuştur. *MasterCard*'a göre kart sahipleri ve işyerlerinin ortak bir talebi temsil ettikleri kabul edilmelidir. Bu çerçevede dört taraflı ödeme sistemi, ortak talebe cevaben sağlanan ortak bir hizmeti içerdiğinden ilgili pazar "*MasterCard* hizmet pazarı" olmalıdır. Buna ek olarak ilgili pazar *MasterCard* tarafından verilen hizmet ile rekabete giren diğer ödeme sistemlerinin belirlenmesi ile tanımlanacaktır.

Komisyon ise pazarın iki taraflı yapısını kabul etmekle birlikte, hem kart sahiplerini hem de işyerlerini kapsayan tek bir pazar tanımlamayı reddetmiştir. Komisyona göre ödeme kartları endüstrisinde, kart sahipleri ve işyerlerinden meydana gelen iki müşteri grubu bulunmaktadır. Bu iki taraflı talep, ödeme kartları endüstrisinin özelliklerinden biridir. Fakat bu iki taraflı talep bir ortak girişim tarafından sunulan tek bir ortak ürünün bulunduğu anlamına gelmemektedir. *MasterCard*'ın tek pazar yaklaşımı, dört taraflı ödeme kartı sistemlerinde üç seviyede meydana gelen etkileşimi ihmal etmektedir. *MasterCard* sistemi, farklı finansal kuruluşların ortak bir kart markası altında üyeliğine açık olan dört taraflı ödeme kartı sistemidir. İlk etkileşim hizmet sağlayıcı olarak ağ işleticisi (bu davada *MasterCard*) ile bu hizmetlerin alıcıları durumundaki ihraççılar ve kabulcüler arasında ortaya çıkmaktadır. İkinci etkileşim sisteme üye bankalar arasında karşılıklı olarak veri değiş tokuşu yapıldığında ortaya çıkmakta ve bu etkileşim sonunda da ağ işleticisinin bilgi teknolojileri altyapıları yoluyla üye bankalar arasında (onaylama ve yetkilendirme ile) kaynak geçişi yaşanmaktadır. Üçüncü etkileşim ise ihraççılar ve kabulcüler ile kart sahipleri ve işyerleri şeklindeki müşterileri arasında doğmaktadır.

Komisyona göre *MasterCard*'ın arz tarafına yönelik ortak arz şeklindeki analizi, dört taraflı ödeme kartı sistemindeki son kullanıcıların platforma doğrudan bağlanamadıkları ve bu bağlantıyı platformun sunduğu hizmetlerden farklı hizmetler sunan aracılar (ihraççılar ve kabulcüler) vasıtasıyla sağladıklarını göz ardı etmektedir. *MasterCard* tarafından işletilen platform, kart sahiplerine ve işyerlerine ortaklaşa sunulan bir ürün değildir. Bu platform iki müşteri grubuna farklı hizmetler sunmak için ihraççı ve kabulcü finansal kuruluşlar için bir araç vazifesi görmektedir.

Diğer taraftan Komisyon *MasterCard*'ın ortak talep yönündeki iddiasına da karşı çıkmıştır. Komisyona göre, üst pazardaki üye bankaların platformun hizmetlerine yönelik taleplerinin alt pazardaki ihraç ve kabul düzeyindeki taleplere bağımlı oldukları açıktır. Fakat dikey biçimde yapılanmış endüstrideki taleplerin bu karşılıklı bağımlılığı, üretim zincirinin herbir seviyesinde farklı ürün pazarları tanımlamaya engel değildir. Alt düzeydeki kart kullanımı ve kart kabulüne yönelik talep tamamlayıcılığına ilişkin olarak, bankaların ortak bir kart markası altında toplam kart işlemi hacimlerini artırmak için büyük ağlara (kart ağları kastedilmektedir) yönelik işbirliği yapmaya karar verdiklerini belirtmek önemlidir. Fakat bu işbirliği, alt düzeydeki rekabetçi sürecin ortadan kalktığını ya da söz konusu bankaların artık farklı ürün pazarlarında analiz edilemeyeceği anlamına gelmemektedir. Buna ek olarak, bir kabulcü finansal kuruluş işyerlerine çok çeşitli hizmetler sağlamaktadır. Aynı durum kart sahiplerine yönelik ihraççı bankalar tarafından sağlanan hizmetler bakımından da geçerlidir. Bu çerçevede Komisyon, *MasterCard*'ın tüm bu hizmetleri sadece ihraççı ve kabulcü finansal kuruluşlar arasında bir para transferine indirgediğini vurgulayarak bu varsayımın pazar gerçekliklerinden uzak olduğunu ifade etmiştir.

Söz konusu Komisyon kararının uyuşmazlık konusu yapılarak Adalet Divanının önüne gelmesi neticesinde Divan davada tek bir pazar değil çeşitli kart sistemlerinin rekabet ettiği "sistemler arası pazar", ihraççı bankaların kart sahipleri için rekabet ettiği "ihraç pazarı" ve kabulcü bankaların işyerlerinin işlemleri için rekabet ettiği "kabul pazarı" şeklinde birbirinden ayrı pazarlar bulunduğunu kabul etmiştir.[206] AB'nin yaklaşımını *Amex* kararı ile karşılaştırdığımızda iki önemli noktanın bulunduğu söylenebilir. İlk olarak Adalet Divanı *MasterCard* kararında davayı tek bir pazarı değil, ayrı pazarları içerecek şekilde analiz etmiştir. İkincisi Divan, rekabetçi analiz bakımından her iki pazardaki etkilerin de dikkate alınması gerektiğini ifade etmiştir.[207]

D. Türkiye

Türk rekabet hukuku sisteminin, kredi kartı piyasasında kredi kartı hizmetleri için tek bir pazar mı yoksa kart sahiplerine yönelik kredi kartı hiz-

---

[206] Case C-382/12 P, Mastercard v. Comm'n, 2014 EUR-Lex CELEX LEXIS 0382 (Sept. 11, 2014). http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-382/12#. (Erişim Tarihi: 17.02.2021).

[207] FIRST Harry, American Express, the Rule of Reason, and the Goals of Antitrust, 98 **Nebraska Law Review** 319 (2019), s. 338-339.

metleri pazarı ve işyerlerine yönelik kredi kartı hizmetleri pazarı olmak üzere iki ayrı pazar mı bulunduğu şeklindeki soruya ne şekilde cevap verdiğinin tespiti bakımından, Rekabet Kurulunun Türkiye Garanti Bankası A.Ş.'nin, *American Express Limited* ile arasındaki lisans ilişkisine dayanarak, Türkiye'de faaliyet gösteren üçüncü bankalarla imzaladığı alt-lisans sözleşmelerinde öngörülen rekabet yasağı hükümlerine menfi tespit verilmesi veya bireysel muafiyet tanınması talebine dair verdiği bireysel muafiyet tanınması kararının[208] yol gösterici olabileceği değerlendirilmektedir. Muafiyet talebine konu olayda öncelikle 14.06.2006 tarihinde Türkiye Garanti Bankası A.Ş. (GARANTİ) ile *American Express Limited (AMEX*) arasında akdedilen "*American Express İşletim Sözleşmesi*" ile GARANTİ'ye, Türkiye'de A*merican Express* kartlarını ödeme şekli olarak kabul etmesi için "üye işyeri anlaşması yapan kuruluş" (*acquirer*) statüsü ve yetkisi verilmiştir.[209] Bu sözleşmeye ek nitelikteki 18.02.2009 tarihli sözleşme ile de *AMEX* tarafından GARANTİ'ye, *American Express* markalı kartları kabul etme konusunda alt lisans verme yetkisi tanınmıştır. Bu yetkiye istinaden 31.08.2017 tarihinde GARANTİ ile HALKBANK arasında alt lisans sözleşmesi imzalanmıştır. Alt lisans sözleşmesi, *American Express* markalı kartları Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisinde kabul eden üye işyerlerinin sayısını artırmak amacıyla imzalanmıştır. Bu sözleşme ile alt lisans sahibi olacak HALKBANK, Türkiye'de GARANTİ tarafından işletilen *AMEX* sistemini kullanabilecek ve üye işyeri anlaşması yapabilecektir.

Rekabet Kurulu bahse konu GARANTİ/HALKBANK kararında, kredi kartı pazarının iki taraflı platform niteliğine ve taraflar bakımından dolaylı ağ etkilerine neden olan faydalarına aşağıdaki ifadelerle vurgu yapmıştır;

---

208 15.11.2018 tarihli ve 18-43/684-337 sayılı Kurul kararı.

209 Türkiye'de kredi kartını piyasaya süren bankalar, kendileri bağımsız olarak kredi kartı çıkartmak yerine, uluslararası kabul gören şirketlerin (*Visa, Master Card* vb.) lisans verdiği kartları piyasaya sunmaktadırlar. Türkiye'de geçerli olan kartın üzerinde *Visa* (ya da *Master Card*) amblemi ve amblemin yanı sıra bu kartı piyasaya süren bankanın ticaret unvanı yer almaktadır. Bankaların, uluslararası kabul gören amblemi kullanabilmek için kartlı ödeme sistemini oluşturan kuruluşlar ile lisans sözleşmesi imzalayarak kredi kartını çıkarabilme yetkisine sahip olması gerekir. Söz konusu sistemin tarafları ise Kart hamili (Kart ile harcama yetkisine sahip olan kişi), Lisans alarak kart çıkartan banka ya da kuruluş - Issuer (X Bankası, Y Bankası vb.), Lisans veren kredi kartı organizasyon şirketi (*Visa, Master Card* vb.), Mal veya hizmet satan üye işyeri ile sözleşme imzalayan başka diğer bankalar - Acquirer (X Bankası, Y Bankası, Z Bankası vb.), Üye iş yeri (Sisteme üye olan bir banka ile üye iş yeri sözleşmesi imzalayan ve başkaca bir bankanın verdiği kredi kartı hamilinin kartını kendi işyerinde kabul eden iş yerleridir - THY, Arçelik vb.). KAYA, s. 60-61.

"*...İki taraflı bir piyasa görünümü arz eden kredi kartı pazarında, bir kredi kartını kabul eden işletme sayısındaki artış, bu kredi kartı kullanıcısı tüketicilerin faydasında da artış meydana getirmekte ve aynı kredi kartını kullanan tüketicilerin sayısındaki artış da bu kredi kartını kabul eden işletmelerin faydasını etkilemektedir.*"

Bu noktadan hareketle Anılan kararda ilgili pazar şu şekilde tanımlanmıştır;

"*... Bildirime konu sözleşme, AMEX ile arasındaki lisans ilişkisine dayanarak GARANTİ tarafından, HALKBANK'a American Express markalı kartları kabul etme konusunda alt lisans verilmesine ilişkindir. Bu sözleşme uyarınca alt lisans alan HALKBANK'a, hangi işyerleriyle American Express markalı kredi kartları özelinde üye işyeri anlaşması imzalayabileceğine dair birtakım sınırlamalar getirilmektedir. Bu bakımdan bildirime konu alt lisans sözleşmesindeki hükümlerin esasen üye işyeri edinme pazarına ilişkin olduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca American Express markalı kartları bizzat ihraç eden ve kendisinin yanı sıra bankaların da bu kartları ihraç edebilmesi konusunda bankalara lisans veren AMEX'in, Visa ve MasterCard gibi bir kartlı ödeme sistemi işleticisi olması ve bahsi geçen diğer kartlı ödeme sistemi işleticileri ile rekabet ettiği göz önüne alındığında, bildirime konu sözleşmenin, kartlı ödeme sistemi işletim hizmetleri pazarını da etkileyebilecek hükümleri barındırdığı sonucuna ulaşılmaktadır. Bu çerçevede ilgili ürün pazarları, "üye işyeri edinme" ve "kartlı ödeme sistemi işletim hizmetleri" pazarları olarak belirlenmiştir.*"

Rekabet Kurulu'nun bu kararında, kredi kartı piyasasının iki taraflı yapısının altı çizildikten sonra ilgili ürün pazarları, "*üye işyeri edinme*" ve "*kartlı ödeme sistemi işletim hizmetleri*" pazarları olarak tanımlanmıştır. Bu tanımlardan "*kartlı ödeme sistemi işletim hizmetleri*" pazarı, *AMEX*'in bir kartlı ödeme sistemi işleticisi olarak *Visa* ve *MasterCard* gibi diğer kartlı ödeme sistemi işleticileri ile girdiği rekabet üzerinden tanımlanmıştır.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, *American Express Company* (*Amex*) hem doğrudan kart ihraç ederek kart kullanıcılarından ücret almakta hem de üye işyeri anlaşması yaparak komisyon geliri elde etmekte ve bu yönüyle de dört-taraflı sistemlerden ayrılmaktadır. Dolayısıyla *Amex* tek bir kart kuruluşunun tüketiciler ve işyerleri arasındaki ödeme işlemlerine aracılık ettiği ve bunun karşılığında da kart sahibi tüketici ve işyerlerini fiyatladığı üç ta-

raflı sistemlere göre faaliyet göstermeyi tercih etmektedir. Nitekim yukarıda da ayrıntılı bir şekilde yer verdiğimiz, ABD Yüksek Mahkemesinin *Amex* kararında bu durum *American Express Company* hem kart sahiplerine hem de işyerlerine kredi kartı hizmetleri sağlamaktadır şeklinde ifade edilmiştir.

Buna karşın inceleme konusu edilen GARANTİ/HALKBANK kararında, 14.06.2006 tarihinde GARANTİ ile *American Express Limited* (*AMEX*) arasında akdedilen "*American Express* İşletim Sözleşmesi" ile GARANTİ'ye, Türkiye'de *American Express* kartlarını ödeme şekli olarak kabul etmesi için "üye işyeri anlaşması yapan kuruluş" (acquirer) statüsü ve yetkisi verildiği ifade edilmiştir. Bu nedenle bahse konu karara konu olayda, *Amex*'in genellikle kendisi için benimsediği üç taraflı sistemden ziyade dört taraflı kredi kartı sistemine benzer şekilde ihraççı ve kabulcü bankaların mevcudiyetinden söz edilebilir. Söz konusu GARANTİ/HALKBANK kararında ayrıca GARANTİ'nin *AMEX* ile arasındaki sözleşme gereği Türkiye'de *American Express* markalı kartları ihraç eden tek banka olmaya devam edeceği belirtilmiştir. Bahse konu Kurul kararında anılan sözleşmenin içeriğine ilişkin başka bir açıklamaya yer verilmemekle birlikte bu sözleşmenin varlığından bağımsız olarak tanımlanan iki pazardan biri salt *AMEX*'in bir kartlı ödeme sistemi işleticisi olmasından dolayı *kartlı ödeme sistemi işletim hizmetleri* pazarı olarak tanımlanmıştır. Kurul kararında *AMEX* tarafından işletildiği vurgulanan kredi kartı ağı, hem işyerlerine hem de kart sahiplerine -ayrı fakat karşılıklı ilişki içerisinde olan- hizmetler sağlamaktadır. Bu hizmetlerin sağlanması yoluyla *AMEX* söz konusu tarafları bir araya getirmekte ve ekonomistlerin "platform" olarak adlandırdıkları sistemi yönetmektedir. Fakat Kurul kararında "*kartlı ödeme sistemi işletim hizmetleri"* biçiminde yapılan pazar tanımı, kredi kartı ağlarında kart sahiplerine yönelik kredi kartı hizmetleri pazarı ve işyerlerine yönelik kredi kartı hizmetleri pazarı olmak üzere iki ayrı pazar bulunduğu şeklindeki görüşün, Rekabet Kurulu tarafından en azından dört taraflı kredi kartı sistemleri bakımından benimsenmediği izlenimi uyandırmaktadır. Rekabet Kurulu'nun bu yöndeki pazar tanımı ile Avrupa Komisyonu'nun yukarıda değinilen MasterCard kararı ile benzer bir yaklaşımı benimsediği söylenebilir. Rekabet Kurulunun söz konusu kararında, *AMEX*'in bu kartlı ödeme sistemi platformunu işletmesinin neden platformun işyeri ve alışveriş yapan müşteriler ile ilgili birbirinden ayrı iki hizmeti tek bir pazarda birleştirilmesini gerektirdiğine dair herhangi açıklamada bulunulmamıştır.

Diğer taraftan Rekabet Kurulu *ABC Tiraj* kararında;[210]

> "*İki taraflı pazarlara bilgisayar oyunları platformları, internet siteleri, TV ağları, kredi kartları ve gazeteler örnek olarak verilebilir. Bu pazarlarda (özellikle internet siteleri, TV ağları ve gazeteler) platformlar hem reklâmverenler için hem de tüketiciler için rekabet etmektedirler. Örneğin gazeteler bir yandan okuyucu sayısını artırmaya çalışırken öte yandan reklâmverenleri gazetelerine reklâm vermeye ikna etmek zorundadır. Doğal olarak, platformun bir tarafı için yapılan rekabet diğer taraf için de başarı ya da başarısızlığı beraberinde getirecektir. Dolayısıyla, eylemin gerçekleştiği pazardan ve etkilenen başka bir pazarın varlığından söz edilebilir*."

şeklinde ulaştığı sonuçta kullandığı "*Doğal olarak*, *platformun bir tarafı için yapılan rekabet diğer taraf için de başarı ya da başarısızlığı beraberinde getirecektir*" cümlesi ile açık bir şekilde ifade etmemişse de, platformun iki tarafı arasındaki dolaylı ağ etkisini vurgulamıştır. Kurul, takip eden cümlede ise söz konusu etkinin mevcut uygulamada nasıl bir sonuç doğuracağını belirtme ihtiyacı duymuştur. Şöyle ki, platformdaki iki pazardan eylemin gerçekleştiği pazar dışında kalan diğer pazar "*etkilenen pazar*" niteliği taşıyacaktır. Etkilenen pazar ise 2010/4 numaralı "*Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ*"in ekinde yer verilen Birleşme ve Devralmalar Hakkında Bildirim Formunun "Pazar tanımları ve pazar payları" kısmındaki (5) numaralı başlıkta, bildirim konusu işlemden etkilenme ihtimali olan ve a) Taraflardan iki veya daha fazlasının aynı ürün pazarında ticari faaliyette bulunduğu (yatay ilişki), b) Taraflardan en az bir tanesinin bir diğerinin faaliyet gösterdiği herhangi bir ürün pazarının alt veya üst pazarında ticari faaliyette bulunduğu (dikey ilişki), ilgili ürün pazarları olarak tanımlanmıştır. Söz konusu (5) numaralı başlıkta, ilgili ürün pazarı da tanımlanmış ve ilgili ürün pazarı tespit edilirken, tespit edilen pazarı etkileyebilecek diğer unsurların da değerlendirileceği belirtilmiştir.

Bu çerçevede, kanımızca Rekabet Kurulunun incelememize konu GARANTİ/HALKBANK kararında tespit ettiği iki pazara ek olarak "*çok markalı kredi kartları ihraç pazarı*" da ilgili ürün pazarı olarak belirlenebilirdi. Zira yukarıda yer verilen "*Birleşme ve Devralmalar Hakkında Bildirim Formu*"nda geçen "*etkilenme ihtimali*" ve "*yatay ilişki*" şeklindeki iki unsurun da anılan karar konusu olayda gerçekleştiği söylenebilir.

---

[210] 24.04.2007 tarihli ve 07-34/347-127 sayılı Kurul kararı.

Konuyu ilk olarak "*yatay ilişki*" unsuru bakımından değerlendirdiğimizde, anılan Kurul kararında GARANTİ ve HALKBANK'ın aynı çok markalı kredi kartları ihraç pazarında ticari faaliyette bulunduğu şu şekilde ifade edilmiştir;

> "*... alt lisans alan HALKBANK'ın, American Express markalı kartları ihraç edememesine karşılık kendi banka ve kredi kartlarını ihraç ettiği, bu kartların AMEX'in rakipleri olan Visa ve MasterCard markalı olduğu ve bu bakımdan GARANTİ ile HALKBANK'ın hem kart kabul (üye işyeri edinme) hem de kart ihraç faaliyetlerinde birbirlerine rakip olduğu kanaatine ulaşılmaktadır.*"

Dolayısıyla GARANTİ ile HALKBANK arasında çok markalı kredi kartları ihraç pazarında bir yatay ilişki bulunduğu hususu, esasında Kurul tarafından da kabul edilmiş olmaktadır.

İnceleme konusu edilmesi gereken bir diğer unsur ise etkilenme ihtimalidir. Yukarıda Kurul'un *ABC Tiraj* kararında da vurguladığı üzere, bir platform sözkonusu olduğunda, platformun bir tarafındaki rekabetin diğer taraftaki rekabeti de etkilemesi doğal olduğundan, bir platformun taraflarından birinin uyuşmazlık konusu eylemin gerçekleştiği pazar olduğu hallerde platformun diğer tarafı da etkilenen pazar halini alacaktır. Rekabet Kurulu *ABC Tiraj* kararında "ihtimal" olgusundan bir adım ileri giderek, bir platformun bulunduğu hallerde eylemin gerçekleştiği pazardaki rekabetin artık diğer taraftaki pazarı etkilemesi ihtimalinden değil, etkilediğinden bahsedileceğini kabul etmiştir. Nitekim Rekabet Kurulu GARANTİ/EUROBANK kararında[211] kredi kartı pazarı özelinde söz konusu etkiyi şu şekilde ifade etmiştir;

> "*... kredi kartı pazarı çift taraflı pazar özelliğindedir ve bu pazarlarda bir arz edici tarafından sunulan aynı ürüne karşı birbirini etkileyen iki farklı talep söz konusudur. Bir diğer ifade ile sunulan mal veya hizmeti talep eden iki farklı müşteri grubu bulunmaktadır. Bunlardan ilki kart kullanıcıları ikincisi ise üye işyerleridir. Kart kullanıcıları bakımından kredi kartı ne kadar çok üye işyerine sahipse karta olan talep o oranda artmaktadır. Aynı şekilde bir kredi kartı ne çok tüketici tarafından kullanılmaktaysa üye işyerlerinin o kredi kartının POS'unu kabul etmek konusundaki istekleri artacaktır. Kart kullanıcıları ve üye işyerleri arasındaki bu pozitif dışsallık nedeniyle, tüketici boyutundaki bir fay-*

[211] 05.08.2010 tarihli ve 10-52/961-336 sayılı Kurul kararı.

da artışının diğer bir tüketici grubu olan üye işyerine yansıması söz konusudur."

Yukarıda yer verilen açıklamalarımız dikkate alındığında, incelememize konu Rekabet Kurulu kararında bildirim konusu işlem olan GARANTİ ile HALKBANK arasındaki alt lisans sözleşmesinin çok markalı kredi kartları ihraç pazarını "etkileme ihtimali" şartının da gerçekleştiği söylenebilir. Kaldı ki anılan kararda da, bildirim konusu işlemin çok markalı kredi kartları ihraç pazarı üzerinde meydana getirdiği sonuçlar şu şekilde açıklanmıştır;

"*... alt lisans sözleşmesi ile GARANTİ tarafından HALKBANK'a, HALKBANK'a ait POS terminallerinde American Express markalı kartların sadece kabulü noktasında bir yetki verilmekte, American Express markalı kartların ihracı konusunda ise herhangi bir yetki verilmemektedir. Bu bakımdan GARANTİ, AMEX ile arasındaki sözleşme gereği Türkiye'de American Express markalı kartları ihraç eden tek banka olmaya devam etmektedir... Alt lisans sözleşmesi uyarınca HALKBANK kendi üye işyeri ağlarında, GARANTİ tarafından ihraç edilen kartları kabul yetkisi kazanacaktır. Bu bakımdan, American Express markalı kartlar özelinde GARANTİ, HALKBANK için bir nevi sağlayıcı konumunda olacak ve üst pazar niteliğindeki kart ihraç pazarında yer alan GARANTİ'nin çıkardığı kartlar, alt pazar niteliğindeki kart kabul (üye işyeri edinme) pazarında yer alan HALKBANK'ın üye işyeri ağında kabul edilecektir.*"

Rekabet Kurulunun GARANTİ/EUROBANK kararında bir kredi kartı ne kadar çok tüketici tarafından kullanılmaktaysa üye işyerlerinin o kredi kartının POS'unu kabul etmek konusundaki istekleri de artacaktır biçiminde ifade ettiği dolaylı ağ etkisinin bir iki taraflı platform olarak kredi kartı piyasasında tersi de geçerli olacaktır.[212] Şöyle ki bir kredi kartı ne kadar çok üye işyerinin POS'u tarafından kabul edilmekteyse kart hamillerinin söz konusu kredi kartını kullanma isteği de artabilecektir. Bunun sonucu olarak, bahse konu kredi kartını ihraç eden kuruluş daha fazla kredi kartı ihraç edebilecektir. Bu durumun takip eden diğer bir sonucu olarak da, kredi kartını kullanmak isteyen kart hamillerinin sayısı arttıkça, bu kartı kabul etmek isteyen

---

[212] Aynı yönde bakınız GÜRKAYNAK Gönenç / INANILIR Öznur / DİNİZ Sinan / YAŞAR Ayşe Gizem, "Multisided Markets and the Challenge of Incorporating Multisided Considerations into Competition Law Analysis", **Journal of Antitrust Enforcement**, 2017, 5, s. 119; GÜNDÜZ, s. 11, Dipnot 16.

işyerlerinin sayısı da artabilecektir. Nitekim GARANTİ/EUROBANK kararında, kart kullanıcıları bakımından kredi kartı ne kadar çok üye işyerine sahipse karta olan talebin o oranda artacağı vurgulanmış, aynı şekilde GARANTİ/HALKBANK kararında da bir kredi kartını kabul eden işletme sayısındaki artışın, bu kredi kartı kullanıcısı tüketicilerin faydasında da artış meydana getireceği ifade edilmiştir.

Bahse konu GARANTİ/HALKBANK kararına konu olay üzerinden değerlendirildiğinde, söz konusu alt lisans sözleşmesi ile *American Express* markalı kartlar HALKBANK tarafından da kabul edilir hale gelmektedir. Form sözleşme niteliğindeki bu alt lisans sözleşmesine benzer şekilde GARANTİ, American Express markalı kartları kabul etme konusundaki alt lisans verme yetkisine dayanarak, daha öncesinde Türkiye Vakıflar Bankası T.A.O. (VAKIFBANK), Denizbank A.Ş. (DENİZBANK), Türkiye İş Bankası A.Ş. (İŞ BANKASI) ve Türk Ekonomi Bankası A.Ş. (TEB) unvanlı dört ayrı banka ile *American Express* markalı kartların kabulüne ilişkin alt lisans sözleşmeleri imzalamış ve sözleşmelerde öngörülen rekabet yasağı hükümlerine menfi tespit verilmesi veya bireysel muafiyet tanınması yönündeki talep Rekabet Kurulu kararına konu edilmiştir. Kurul tarafından söz konusu alt lisans sözleşmelerine 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde sayılan şartların tamamını karşılamaları nedeniyle bireysel muafiyet tanınmasına karar verilmiştir.[213] Dolayısıyla söz konusu alt lisans sözleşmeleri ile sadece GARANTİ tarafından kabul edilen *American Express* markalı kartlar, artık VAKIFBANK, DENİZBANK, İŞ BANKASI ve TEB tarafından da kabul edilir hale gelmiştir. Böylece *American Express* markalı kredi kartı çok sayıda üye işyerinin POS'u tarafından kabul edilecek hale geldiğinden, kart hamillerinin söz konusu kredi kartını kullanma isteğinin de artabileceği söylenebilir. Bu çerçevede Rekabet Kurulunun inceleme konusu GARANTİ/HALKBANK kararında çok markalı kredi kartları ihraç pazarının da ilgili ürün pazarı olarak tanımlanması gerektiği söylenebilir.

Kaldı ki, GARANTİ/HALKBANK kararına konu olayda çok markalı kredi kartları ihraç pazarının taşıdığı özellikler, 2010/4 numaralı "*Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ*"in ekinde yer verilen Birleşme ve Devralmalar Hakkında Bildirim Formundaki etkilenen pazar şartlarına uymasaydı dahi, çok markalı kredi kartları ihraç pazarı ile üye işyeri edinme pazarı arasındaki mevcut dolaylı ağ etkileri nedeniyle çok markalı kredi kartları ihraç pazarının da, üye işyeri paza-

[213] 28.02.2017 tarihli ve 17-09/106-48 sayılı Kurul kararı.

rına ilaveten ilgili ürün pazarı olarak tanımlanmasının beklenebileceği değerlendirilmektedir. Bu durum, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ile bu Kanuna dayalı düzenleyici işlemlerin, platformların taşıdığı özellikleri dikkate almak suretiyle ve bu özelliklere uyumlu olacak biçimde kapsamlı bir şekilde değiştirilmesi ihtiyacı doğduğunu ortaya koymaktadır.

Kanımızca söz konusu değişiklikler yapılırken, platformlarda taraflar arasındaki dolaylı ağ etkilerinin gücü dikkate alınabilir. Dolaylı ağ etkileri yol açtıkları etkilerin gücü bakımından bir platformun tek bir pazardan mı veya iki ayrı pazardan mı meydana geldiği sorunsalının çözümünde bir ölçüt olarak kullanılabilir. Şöyle ki, yukarıda da ifade edildiği üzere ABD Yüksek Mahkemesine göre iki taraflı platformları geleneksel pazarlardan ayıran en önemli özellik platformların dolaylı ağ etkileri göstermesidir. Buna göre iki taraflı bir platformun sağladığı hizmetlerin değeri, platformun her iki tarafına yönelik katılımda artış yaşandığı için artacaktır. Bir başka anlatımla iki taraflı platformun bir tarafında yer alan tüketicinin platformdan edindiği değer, platformun diğer tarafındaki tüketici sayısı ile artış gösterecektir. Hatta dolaylı ağ etkilerinin varlığı, platformun her iki tarafına da yüksek katılımda bulunulmasını isteyen bir platformu, iki tarafa sunduğu hizmetlere karşılık talep edeceği ücretlerin miktarında da hassas olmaya zorlayacaktır. Alman Federal Kartel Ofisi dolaylı ağ etkilerine dair bir adım daha atarak, platform kavramını dolaylı ağ etkileri üzerinden tanımlamıştır. Ofise göre eğer bir işletme aralarında dolaylı ağ etkileri bulunan iki veya daha fazla taraf arasındaki doğrudan etkileşimi mümkün hale getiren aracılık hizmetini sağlıyorsa bu işletme bir platform olarak kabul edilebilir.[214]

ABD Yüksek Mahkemesine göre ise, dolaylı ağ etkilerinin tesirleri bir pazarda küçük kaldığında bu pazara (iki taraflı değil) tek taraflı pazar olarak muamele edilmelidir. Örneğin ilan içeren (satan) gazeteler muhtemelen iki taraflı bir platform olarak faaliyet göstermektedir, çünkü daha çok insan gazeteyi okudukça bir ilanın değeri artacaktır. Fakat gazete ilan pazarında dolaylı ağ etkileri sadece tek yönlü çalışmaktadır. Zira gazete okuyucuları, büyük oranda bir gazetenin içerdiği ilanların miktarına karşı kayıtsız kalmaktadır. Bu zayıf dolaylı ağ etkilerinden dolayı gazete ilanı pazarı daha çok tek taraflı bir pazar gibi hareket etmektedir. Buna karşın Yüksek Mahkemeye göre kredi kartı piyasası gibi iki taraflı işlem platformları, ilan içeren (satan) gazete platformlarından farklıdır. Kredi kartı platformları taraflar arasındaki tek ve eşzamanlı işlemleri yönetmek-

[214] Bundeskartellamt B6-113/15, s. 13.

tedir. Kredi kartları bakımından bir ağ, verdiği hizmetleri, sadece bir işyerinin ve kart sahibinin her ikisi de bu ağı aynı anda kullanmayı seçerse satabilir. Bu nedenle bir kredi kartı ağı ne zaman bir işlemin kartın kabulü hizmetlerinin değerini bir işyerine satarsa ayrıca bir işlemin kart ödeme hizmetlerinin değerini de kart sahibine satmak zorundadır. İşlem hizmetlerini ya kart sahiplerine ya da işyerlerine olacak şekilde ayrı ayrı satamaz. Satışları en iyi haline getirebilmek için söz konusu ağ, işyerleri ve kart sahipleri arasında en fazla sayıda karşılıklı eşleşmenin meydana gelmesini teşvik etmek için taraflara yönelik ücretlendirmesinde bir denge bulmak zorundadır. Dolayısıyla kredi kartı platformunda taraflar arasındaki dolaylı ağ etkileri son derece güçlüdür. Bu nedenle mahkemeler kredi kartı pazarını tanımlarken platformun her iki tarafını da (işyerleri ve kart sahipleri) dâhil etmelidir.

Alman rekabet otoriteleri de dolaylı ağ etkilerinin gücünü bir ölçüt olarak dikkate alma eğilimindedir. Alman Federal Kartel Ofisine göre, eğer bir işletme aralarında dolaylı ağ etkileri bulunan iki veya daha fazla taraf arasındaki doğrudan etkileşimi mümkün hale getiren aracılık hizmetini sağlıyorsa, platform olarak kabul edilebilir. Alman Tekel Komisyonu da platformun sınıflandırmasına bakılmaksızın platformun iki grup kullanıcısı arasında güçlü dolaylı ağ etkilerinin bulunduğu durumlarda tek bir pazar tanımı yapılması gerektiğini savunmaktadır.

Fakat bazı durumlarda, bir platformun içerisindeki taraf sayısına bağlı olarak aynı platformun içerisinde farklı düzeyde dolaylı ağ etkilerinin görülmesi ve bunun sonucunda da farklı pazar tanımlarının yapılabilmesi de mümkün olabilmektedir. Şöyle ki kredi kartı platformunda taraf sayısına bağlı olarak üç taraflı sistem ve dört taraflı sistem bakımından mahkemelerin pazar tanımında farklı yaklaşımlar sergilediği de görülebilmektedir. Örneğin Amex kararında, esasında üç taraflı bir sistem bulunmaktadır. Bir kart sahibi, American Express kredi kartlarını kabul eden bir işyerinden bir ürün satın aldığında, Amex bu işlemi kendi ağı vasıtasıyla tamamlamakta ve vakit geçirmeksizin hizmet ücreti kesintisi yaparak işyerine ödeme yapmaktadır. Dolayısıyla bu sistemde, ABD Yüksek Mahkemesinin ifadesi ile Amex, tek ve eşzamanlı işlemleri yönetmektedir. Bu durumun sonucu olarak üç taraflı sistemde taraflar arasındaki dolaylı ağ etkisinin de güçlü olduğu söylenebilir. Nitekim kanımızca bu noktadan hareketle, Yüksek Mahkeme tek bir pazar tanımında bulunmuştur. Buna karşın dört taraflı sistemde farklı bir durum ortaya çıkmaktadır. Örneğin AB'nin *MasterCard* kararında, taraflar arasındaki ilişki aslında dört taraflı bir sistem meydana getirmektedir. Avru-

pa Komisyonu dört taraflı kredi sistemine ilişkin verdiği bu kararda üç tip pazar ayrımında bulunmuştur. Bunlardan ilki "üst pazar" ya da "ağ pazarı" olarak adlandırılan ve finansal kuruluşları kendi ağlarına katılmaya ikna etmek için rekabet içerisine giren ve söz konusu ağları üzerinden bu kuruluşlara hizmet sağlayan farklı ödeme sistemlerinin bulunduğu pazardır. Komisyon bu pazarı sistemlerarası (*inter-system*) rekabetin gerçekleştiği yer olarak değerlendirmiştir. İkinci pazar ise, finansal kuruluşlar (genellikle bankalar) arasında kart ile ilişkili faaliyetler (ihraç ve kabul) bakımından rekabetin gerçekleştiği alt pazardır. Üçüncü olarak komisyon bu alt pazar içinde de ihraç ve kabul hizmetleri için iki ilgili pazar tanımında bulunmuştur. Görüldüğü üzere, taraf sayısının artması nedeniyle ABD Yüksek Mahkemesinin ifadesiyle kredi kartı işleminin platform tarafından tek ve eşzamanlı olarak tamamlanması mümkün olamamakta, söz konusu işlem üst ve alt pazar şeklinde tanımlanabilecek pazarlardaki bir dizi işlem sonucunda tamamlanabilmektedir. Dolayısıyla bu durumda, her ne kadar platformun tarafları arasında dolaylı ağ etkileri halen mevcut olsa da, söz konusu etkilerin üç taraflı kredi kartı sisteminden daha zayıf nitelikte olduğu da ileri sürülebilecektir.

Yukarıda yer verilen açıklamalarımızdan hareketle, platformlarda pazar tanımının taraflar arasındaki dolaylı ağ etkilerinin gücü dikkate alınarak yapılabileceği değerlendirilmektedir. Bunun için öncelikle platformlar, bu platformların tarafları arasındaki dolaylı ağ etkisinin seviyesine göre sınıflandırılabilir. Böylece kredi kartı, emlak alım satımına aracılık veya genel arama hizmetleri gibi platformlar, tarafları arasındaki dolaylı ağ etkilerinin çok zayıf, zayıf veya güçlü olarak nitelenmesine bağlı olarak farklı gruplarda yer alabilecektir. Dolaylı ağ etkilerine yönelik yapılacak bu niteleme, aynı zamanda platforma ilişkin pazarın ne şekilde tanımlanabileceği sorununun da çözümüne katkı sağlayabilecektir. Bu yeni çözüm önerisinin, platformun farklı tarafları arasındaki dolaylı ağ etkisinin gücüne göre şu olası sonuçları meydana getirmesi mümkün olabilir. İlk ihtimale göre, taraflar arasındaki dolaylı ağ etkisinin "*çok zayıf*" nitelikte olması halinde, platform tek taraflı pazar şeklinde tanımlanabilir. İkinci ihtimalde ise, taraflar arasındaki dolaylı ağ etkisinin "*zayıf*" nitelik taşıması halinde platform iki ayrı pazar şeklinde veya taraf sayısının artmasına bağlı olarak alt ve üst pazar şeklinde birden fazla pazar tanımını içerecek şekilde tanımlanabilir. Son ihtimale göre ise taraflar arasındaki dolaylı ağ etkisinin "*güçlü*" olması halinde platform tek bir pazar şeklinde tanımlanabilecektir.

Bu çerçevede çalışmamızda ortaya koymaya çalıştığımız üzere, platformlarda pazar tanımının taşıdığı önem nedeniyle ülkemiz rekabet hukuku siste-

minde de ABD ve AB rekabet hukukundaki mevcut perspektiflere uygun bir dönüşüme ihtiyaç bulunduğu düşünülmektedir. Bu amaçla 1997/1 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'de ve İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz'da yer verilen pazar tanımlarının, platformların farklı tarafları arasındaki dolaylı ağ etkilerinin gücü dikkate alınacak şekilde revize edilmesinin yararlı olacağı değerlendirilmektedir. Böylesine bir çalışmada yukarıdaki çözüm önerimiz de dikkate alınabilir.

3. Ücretsiz Hizmet Verilen Platformlarda Pazarın Tanımlanması

A. Genel Olarak

Veri kavramının tek bir tanımı bulunmamaktadır. Bu kavram dar anlamda genellikle bilimsel deneylerin sonuçları için kullanılmaktayken, geniş anlamda bilgisayarda depolanan bilgi ile kombinasyon içerisinde olan her türlü bilgiyi ifade etmektedir.[215]

Veriler sağladıkları bilgilerin taşıdığı farklılıklara göre ayrı kategorilerde değerlendirilebilir. Örneğin veri bireyler veya teşebbüsler hakkında bilgi verebilir. Bireyler hakkındaki veriler bireylerin davaranışlarını, tercihlerini ve (coğrafi olarak) bulundukları konumları içerebilir. Teşebbüsler hakkındaki veriler ise, örneğin bir teşebbüs tarafından tesis edilmiş ticari işlemler hakkında bilgi verebilir.[216]

Çalışmamızın kapsamı bakımından ise kategorik olarak özellikle kullanıcı verileri büyük bir önem arz etmektedir. Zira kullanıcı verileri bir işletme bakımından her zaman için bir değer ifade ederken, çalışmamızın konusu dijital platformlar açısından ifade ettiği değer çok daha fazladır. Bu sonuca ulaşılmasına yol açan iki sebep ise şu şekildedir; 1) Dijital platformların geleneksel işletmelere kıyasla kullanıcıları hakkındaki kapsamlı bilgilere erişim imkânları genellikle daha fazladır. 2) Dijital işletmeler, bu tip verileri diğer işletmelere nazaran çeşitli amaçlar için daha iyi bir şekilde işleyebilmekte ve kullanabilmektedirler.[217]

Kullanıcı verilerinin dijital platformlar bakımından taşıdığı önemin derecesi, bu verilerin platformlara sağladıkları faydalar dikkate alındığında daha net

---

[215] Autorité de la Concurrence / Bundeskartellamt (2016), Competition Law and Data, s. 4. https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2016/10_05_2016_Big%20Data%20Papier.html.

[216] Autorité de la Concurrence / Bundeskartellamt (2016), Competition Law and Data, s. 5.

[217] SHELANSKI Howard A., "Information, Innovation, and Competition Policy for the Internet", 161 **University of Pennsylvania Law Review** 1663 (2013), s. 1678.

bir şekilde anlaşılabilir. İlk olarak kullanıcı verisi bir işletmenin sunduğu hizmetleri geliştirmesini ve gelirlerini artırmasını sağlayan bir ürün girdisi niteliğine bürünebilir. Bu tür veriler platformların ürünlerini, müşterilerine yine bu müşterilerin bireysel profillerini dikkate alarak yönlendirebilmelerine imkân sağlamaktadır. İkinci olarak kullanıcı verisi, bir platformun rakiplerine karşı üstünlüğünü sürdürmesine ve pazara girişi de sınırlamasına olanak veren bir stratejik varlık haline gelebilmektedir. Son olarak veri, bu veriyi toplayamayan diğer işletmelere satılabilecek değerli bir mal kimliğini de taşıyabilmektedir.[218]

Bu çerçevede dijital platformlar ile veri ilişkisi bakımından konu değerlendirildiğinde, verinin dijital platformların hammaddesi niteliğinde olduğu söylenebilir. Öyle ki dijital platformlar halihazırda büyük veri güdümlü sistemler üzerinde hakimiyet kurmuşlardır.[219] Büyük verinin dijital platformlar bakımından taşıdığı bu önem nedeniyle çalışmamızın bu bölümünde büyük veri kavramı ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir.

B. Büyük Verinin Evrimi

a. Genel Olarak

Son yirmi yılda meydana gelen teknolojik gelişmeler büyük verinin hızla evrim geçirmesine neden olmuştur. Büyük veri (*Big Data)* altyapısında yaşanan bu dönüşüm, firmaların veri güdümlü organizasyonlar haline gelmesine neden olmuştur. Büyük verinin zaman içinde bir oyun değiştirici potansiyeline kavuşması nedeniyle her firma rekabetçi kimliğini koruyabilmek amacıyla büyük veriyi muhafaza etmeye ihtiyaç duymuştur.[220] Bu bağlamda işlem gücünün gelişimi ve internet erişiminin global olarak genişlemesi, dijital ekonominin ortaya çıkışını tetiklediği gibi "Büyük Veri" nin toplanması ve işlenmesine dayalı işletme modellerinin sayısında da artışa neden olmuştur.[221] Bugün itibarıyla online ve offline perakende satıcılar, marketler, online reklam ağları, arama motorları, sosyal ağ siteleri, internet

---

[218] SHELANSKI, s. 1679; Bunlara ek olarak kullanıcı verisi, hedefli dijital reklamcılık hizmeti satan platformlar için çok değerli bir varlık haline gelebilir. KATZ Michael L., "Multisided Platforms, Big Data, and a Little Antitrust Policy", **Review of Industrial Organization** (2019) 54, s. 696.

[219] LIANOS, s. 61.

[220] LEE In, "Big data: Dimensions, evolution, impacts, and challenges", **Business Horizons**, Volume 60, Issue 3, 2017, s. 1.

[221] OECD (2016), Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era, Executive Summary, s. 3.
https://one.oecd.org/ document/ DAF/COMP/M(2016)2/ANN4/FINAL/en/pdf.

servis sağlayıcıları ve kablo tv şirketleri, finansal kuruluşlar, sigorta şirketleri de dahil olmak üzere veri toplama ve işleme kapasitesine sahip firmaların sayısı son derece fazladır.[222]

Büyük veri kavramı genel olarak, geleneksel veri tabanı sistemlerinin etkin bir şekilde yönetemeyecekleri veya işleyemeyecekleri kadar büyük ve karmaşık veri setlerinin toplanması şeklinde tanımlanabilir.[223] Bir başka tanıma göre ise büyük veri, çok sayıda kaynaktan yüksek hızda üretilen, analiz edilmesi ve işlenmesi için yeni ve daha güçlü işlemciler ile algoritmaları gerekli kılan farklı tiplerde çok büyük miktardaki veriyi ifade etmektedir.[224]

Büyük veri genellikle "3V" ile karakterize edilmektedir. Bunlar hacim (*volume*), hız (*velocity*) ve çeşitliliktir (*variety*).[225] Hacim çok büyük miktarda verinin toplanabilmesini ve analiz edilebilmesini ifade etmektedir. Bu bağlamda verinin toplanma ve depolanma maliyetleri her geçen gün ciddi oranda azalma eğilimindedir.[226] Hız ile kastedilen ise verinin üretilmesi, veriye erişilmesi, verinin işlenmesi ve analiz edilmesindeki hızdır.[227] Teknolojide yaşanan gelişmeler sonucunda verinin söz konusu aşamaları arasındaki süre oldukça azalmış, hatta veri tabanlarına dahi kaydedilmeden verinin üretildiği sırada analizini gerçekleştirebilecek "gerçek zamanlı analiz" sistemleri geliştirilmiştir.[228] Çeşitlilik ise

---

222 TUCKER Darren S. / WELLFORD Hill B., "Big Mistakes Regarding Big Data", 14 **ANTITRUST SOURCE**, Dec. 2014, s. 7.

223 McKINSEY Global Institute, Big Data: The Next Frontier for Innovation, Competition and Productivity, (June 2011), s. 1.
https://www.mckinsey.com/~/media/McKinsey/Business%20Functions/McKinsey%20Digital/Our%20Insights/Big%20data%20The%20next%20frontier%20for%20innovation/MGI_big_data_exec_summary.pdf (Erişim Tarihi: 08.04.2021).

224 European Data Protection Supervisor,
https://edps.europa.eu/data-protection/data-protection/reference-library/big-data-and-digital-clearing-house_en.

225 LANEY Doug, "3d Data Management: Controlling Data Volume, Velocity and Variety", **Meta Group Research Note**, 6(70), 2001, s. 1.

226 Federal Trade Commission (2016), Big Data a Tool for Inclusion or Exclusion, FTC Report, s. 1,
https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/big-data-tool-inclusion-or-exclusion-understanding-issues/160106big-data-rpt.pdf; Google ve Facebook muhtemelen çoğunluğu kişisel veri olmak üzere büyük hacimlerde veri toplamaya ve depolamaya başlayan öncü teşebbüslerdir. LUNDQVIST Björn, **Big Data, Open Data, Privacy Regulations, Intellectual Property and Competition Law in an Internet of Things World**, Stockholm Faculty of Law Research Paper Series, 2016, s. 5.

227 OECD (2013), **Exploring Data-Driven Innovation as a New Source of Growth: Mapping the Policy Issues Raised by Big Data**, OECD Digital Economy Papers, No. 222, OECD Publishing, Paris, s. 11, http://dx.doi.org/10.1787/5k47zw3fcp43-en.

228 EKİN Beste, **Kişisel Verilerin Korunması ve Rekabet Hukuku Boyutuyla Büyük Veri**, On İki Levha Yayınları, 2021, s. 88.

verinin birçok kaynaktan farklı biçimlerde toplanabilmesi anlamına gelmekte olup artık verinin tek kaynağı olarak ifade edilebilecek bir kaynak bulunmamaktadır.[229] Öğretide bu üç bileşene ek olarak değer (value) bileşeni büyük verinin dördüncü bileşeni olarak kabul edilmektedir.[230] Buradaki "değer" bileşeni ile firmanın topladığı verinin bu firma bakımından kullanışlılığı yani onun nazarında ifade ettiği değer kastedilmektedir.

Özellikle son dönemde, veri kalitesinde ve genişliğindeki artışta "Nesnelerin İnterneti" (*Internet of Things*) olarak adlandırılan gelişme çok etkili olmuştur. Nesnelerin interneti her gün kullanılan nesnelere iliştirilmiş sensörlerin ve yazılımların entegrasyonu anlamına gelmektedir. Bu teknoloji makineden makineye iletişimle sensörler vasıtasıyla elde edilmiş bilginin analizini ve toplanmasını mümkün hale getirmektedir.[231]

Firmalar çeşitli şekillerde veri toplayabilmektedir. Kişisel veriler genellikle sosyal ağlar ve online alışveriş siteleri gibi internet adreslerinin kullanımı yoluyla tüketiciler tarafından gönüllü olarak sağlanmaktadır. Müşteriler ayrıca kendilerine ücretsiz sunulan ürün ve hizmetler karşılığında da bilgi sağlayabilmektedir. Dolayısıyla firmalar sadece adresler, doğum tarihleri ya da ödeme detayları hakkında değil alışveriş tercihleri ya da bazı hallerde fotoğraflar ve videolar hakkında da bilgi edinebilmektedir. Müşterilerin ilgi alanları ile tercihlerini öğrenmenin diğer bir yolu da, ziyaret ettikleri internet sayfaları ve internetteki davranışlarını gözlemlemektir. Bunlara ek olarak firmalar mevcut verileri kullanan müşteriler hakkında yeni bilgi çıkarımında bulunabilecekleri gibi müşterilerin alışveriş faaliyetlerini analiz ederek yaşları ve cinsiyetlerine dair sonuçlara da varabilmektedirler. Tüm bu veriler firmaların bizzat kendileri tarafından toplandığından birinci taraf verisi (first party data) olarak adlandırılmaktayken, başka bir şirket tarafından toplanarak bu şirket ile paylaşılan veya bu şirkete satılan bilgiler üçüncü taraf verisi (third party data) olarak adlandırılmaktadır.[232]

---

[229] WRIGHT Joshua D. / DORSEY Elyse, "Antitrust Analysis of Big Data", **Competition Law & Policy Debate** 35 (December 2016), s. 35.

[230] OECD (2016), Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era - Note by Annabella Gawer, s. 5.

[231] EZRACHI Ariel / STUCKE Maurice E., **Virtual Competition: The Promise and Perils of Algorithm-Driven Economy**, Harvard University Press, 2016, s. 18.

[232] LASSERRE Bruno / MUNDT Andreas, "Competition Law and Big Data: The Enforcers' View", **Italian Antitrust Review**, N. 1 (2017), s. 89-90.

b. Büyük Verinin Rekabet Üzerindeki Etkileri

aa. Rekabet Yanlısı Etkileri

İçinde bulunduğumuz Büyük veri çağının en belirgin faydası, platformun bir tarafındaki tüketicilerin platforma, kendilerine ait tüketici verilerini platformun diğer tarafında paraya çevirme izni vermesi ve bu sayede platformun da bu tüketicilere çoğunlukla ücretsiz hizmet sunabilmesini sağlamasıdır. Bu faydadan hareketle büyük verinin çalışmamız bakımından da en önemli yönünün verinin genellikle çok taraflı veya iki taraflı platformlarda toplanması olduğu söylenebilir. Zira bu tür platformlardaki doğrudan ve dolaylı ağ etkileri[233], platformun bir tarafındaki tüketici gruplarına sunulan hizmetlerden elde edilen verilerin platformun diğer tarafında paraya çevrilmesine imkân verebilmektedir. Esasında büyük verinin kullanılması yoluyla elde edilen en açık tüketici faydası da firmaların tüketicilere genellikle ücretsiz olacak şekilde büyük oranda finanse edilmiş hizmetler sunabilmesidir. Rekabet hukuku rejiminde tüketiciler için düşük fiyatların bulunduğu hallerin tüketicilerin yararına olduğu hususunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır.[234]

Verinin rekabet yanlısı diğer bir faydası ise, firmaların sundukları ürün ve hizmetlerin kalitesini veri kullanmak suretiyle artırabilmeleridir. Şöyle ki, kullanıcıların arama motorunda yaptıkları her bir sorgu, arama motorunun kalitesinin artırılmasına ve arama motoru platformu tarafından algoritmalar geliştirilmesine yardım etmektedir. Firma veriye erişimi sonrası edindiği bu verilerin tekrar kullanımı yoluyla bu verilere dayalı yeni hizmetler de sunabilmektedir. Ayrıca veri, hedeflenen potansiyel müşterilere daha iyi bir şekilde ulaşılabilmesini ve bireyselleştirilmiş reklamların kullanılabilmesini de sağlamaktadır.[235]

Büyük verinin rekabet lehine meydana getirdiği başka bir etki de, pazarda şeffaflığı sağlamasıdır. Bu anlamda büyük veri tedarikçilerle müşteri-

---

[233] Öğretide son dönemde platform ile veri arasındaki ilişkiden dolayı veri ölçeğine dayalı yeni bir ağ etkisi doğduğu ileri sürülmüştür. Örneğin Amazon'un kullanıcı değerlendirmeleri bu tipte bir ağ etkisi şeklindedir. Zira platformdaki ürünleri daha fazla kullanıcı satın alıp daha fazla değerlendirme yaptıkça, diğer kullanıcılar bu internet adresinden daha fazla yararlı bilgi elde edebileceklerdir. KHAN Lina M., "Amazon's Antitrust Paradox", 126 **Yale Law Journal** (2017), s. 785.

[234] SOKOL Daniel / COMERFORD Roisin, "Antitrust and Regulating Big Data", **George Mason Law Review**, 1129 (2016), s. 1133.

[235] Autorité de la Concurrence / Bundeskartellamt (2016), Competition Law and Data, s. 8-11.

ler arasında şeffaflığın artmasını sağlayarak rekabet üzerinde pozitif etkiler meydana getirebilir. Söz konusu şeffaflık tüketiciler ile mal ve hizmeti tedarik edenler arasındaki bilgi asimetrisini azaltabilir. Böylece tüketiciler TripAdvisor, Ebay ya da Amazon gibi platformlarda, ürün fiyatları ile ürün değerlendirme puanlarını karşılaştırabilme imkânına sahip olmaktadırlar. Bunun sonucu olarak da ürün fiyatı ve kalitesi üzerindeki rekabet daha yoğun hale gelebilmektedir.[236]

bb. Rekabet Karşıtı Etkileri

Büyük verinin rekabet karşıtı etkilere neden olabildiği ilk durumun veri paylaşımını odağına alan birleşmeler olduğu söylenebilir. Öyle ki veriye sahip olmanın beraberinde firmaya getirdiği avantajlar nedeniyle veriye daha iyi erişim sağlamak için diğer şirketleri devralmak veya onlarla birleşmek bir şirket stratejisi haline gelebilmektedir. Örneğin Facebook/WhatsApp birleşmesinde Avrupa Komisyonu, Facebook'un sosyal ağ platformu ile WhatsApp'ın tüketici iletişim uygulaması arasındaki potansiyel bir entegrasyonun Facebook'a WhatsApp nezdindeki ek verilere ulaşma imkanı verip vermeyeceğini ve bu durumun da rekabet üzerinde bir etkisinin olup olmayacağını değerlendirmiştir. Komisyon özellikle online reklamcılık hizmetleri pazarında Facebook'un reklamcılık faaliyetlerini geliştirmek için WhatsApp'ı potansiyel bir kullanıcı verisi kaynağı olarak kullanabilmesi ihtimali üzerinde durmuştur. Komisyona göre pazarda Facebook dışında kullanıcı verisi toplayan çok sayıda pazar katılımcısı bulunmaktadır. Dolayısıyla Komisyon, Facebook'un WhatsApp'ın kullanıcılarının verilerini kullanması durumunda dahi bu durumun Facebook'un reklamcılık hizmetleri pazarındaki pozisyonunu güçlendirmeyeceği sonucuna ulaşmıştır.[237] Aslında Komisyonun söz konusu yaklaşımı bu konuya ilişkin içtihatlarının istikrar kazandığını göstermektedir. Zira Komisyon, Google'ın online reklamcılık faaliyetleri pazarının önde gelen şirketlerinden DoubleClick'ı devralmasına yönelik verdiği daha eski tarihli bir kararında da, birleşme sonrası DoubleClick üzerinden ulaşılabilecek verinin yegane ve yinelenemez nitelikte olmadığını, çünkü DoubleClick tarafından toplanan bilginin türü itibarıyla kapsamının oldukça dar olduğu sonucuna varmıştır. Komisyon buna ek olarak online reklamcılık pazarında aktif olarak faaliyet gösteren diğer şirketlerin

---

[236] LASSERRE / MUNDT, s. 91.

[237] Case COMP/M. 7217, "Facebook/WhatsApp", European Commission, C(2014) 7239, paragraf 168-191.

hedefli reklamcılık için potansiyel olarak kullanışlı benzer nitelikte bilgileri büyük hacimde toplayabilme gücüne sahip olduklarını da vurgulamıştır.[238]

Büyük verinin rekabet hukuku bakımından neden olduğu tartışmalardan bir diğeri de söz konusu verinin rekabet üzerinde bir pazara giriş engeli meydana getirip getirmediğidir. Bu hususta öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre büyük veri önemli bir giriş engeli niteliği taşımaktadır.[239] Bunun nedeni veriye erişilmesinin, toplanmasının ve işlenmesinin oldukça zor olmasıdır.[240] Diğer bir görüşe göre ise veri zengini şirketler ekonomik tehdit teşkil etmekten ziyade politika yapıcıların teşvik etmesi gereken önemli inovasyon kaynaklarıdır. Bu görüşü savunanlara göre verinin bir giriş engeli olduğu fikri gerçeklikten uzaktır. Zira veri özellikle de tüketici verisi kolayca ulaşılabilir olduğundan firmaların büyük bir çoğunluğu tarafından eş zamanlı olarak kullanılabilmeleri mümkün olabilmektedir.[241] Buna karşın Fransız ve Alman rekabet otoritelerine göre büyük hacimde ve çeşitlilikte veriye ulaşmanın pazardaki rekabet gücü bakımından önemli olması şartıyla, pazara yeni giren firmalar pazardaki yerleşik firmalar gibi veri toplayamadıkları ya da satın almak suretiyle dahi veriye erişemedikleri takdirde verinin toplanması bir giriş engeli halini alabilecektir.[242]

Yukarıda verinin pazarda şeffaflık sağlaması rekabet yanlısı bir etki olarak nitelendirilmişse de, şeffaflığın rekabet bakımından beraberinde getirdiği birtakım riskler de bulunmaktadır. Toplanan verinin hacminin artması ile özellikle rakip teşebbüslerin fiyat politikası hakkında edinilen bilgiler teşebbüsler tarafından rekabeti sınırlamada kullanılabilir. Buna ek olarak pazar şeffaflığı, rakip teşebbüsler arasındaki gizli bir anlaşmanın varlığını korumasına da yardım edebilir. Zira taraflardan birinin aralarındaki gizli anlaşmaya aykırı bir şekilde hareket etmesi halinde, bu durumun anlaşmanın diğer taraflarınca tespit edilebilmesi şeffaflık nedeniyle kolaylaşmaktadır. Ayrıca

---

238 Case COMP/M. 4731, "Google / DoubleClick", European Commission, (2008), paragraf 269.

239 SHELANSKI, s. 1679.

240 Rekabet politikasının amacı bakımından online platformlara ilişkin pazarların en önemli özelliği, "kazanan herşeyi alır" (*winner-take-all*) kuralının geçerli olmasıdır. Bu sonuç çoğunlukla veri üzerindeki kontrolden ve ağ etkilerinden kaynaklanmaktadır. Veri üzerindeki kontrol ve ağ etkileri yerleşik firmaların ilgili pazarda daha erken faaliyete geçmiş olmalarında dolayı elde ettikleri avantajları daha da artırmaktadır. KHAN, s. 785.

241 SIVINSKI Greg / OKULIAR Alex Okuliar / KJOLBYE Lars, "Is Big Data a Big Deal? A Competition Law Approach to Big Data", **European Competition Journal**, 13:2-3, 2017, s. 200.

242 Autorité de la Concurrence / Bundeskartellamt (2016), Competition Law and Data, s. 11.

veri toplanması, toplanan verilerin algoritmaların kullanımı yoluyla fiyat tespiti amacıyla kullanılması halinde pazarda fiyat tespitine yönelik gizli anlaşmaların yapılmasını kolaylaştırıcı bir niteliğe de bürünebilmektedir. Buna ek olarak pazar şeffaflığının olası sonuçları, gelişmiş algoritmalar gibi teknik gelişmelerin de etkisiyle daha dikkat çekici hale gelmektedir. Örneğin teşebbüsler edindikleri tüm bilgileri işleyerek ve rakip teşebbüslerinin mevcut ve gelecekteki fiyatlara verecekleri tepkileri izleyip analiz etmek suretiyle olası tepkilerini öngörerek, rekabetçi seviyenin üzerindeki fiyatı daha kolay bir şekilde tespit edebilirler.[243]

Rekabet üzerindeki bir diğer zararlı etki ise, hâkim durumun kötüye kullanılması şeklindeki rekabet ihlali ile ortaya çıkmaktadır. Hâkim durumun kötüye kullanılması bakımından veri çeşitli davranış biçimleri ile dışlayıcı uygulamalara konu olabilmektedir. Veriye erişimin reddi veya veriye erişimde ayrımcılık yapılması suretiyle hakim durum kötüye kullanılabilmektedir. Örneğin Fransız rekabet otoritesi, *Cegedim* davasında bu sonuca ulaşmıştır. Cegedim Fransa'nın en önde gelen tıbbi bilgi veritabanı sağlayıcısıdır. Kendisine ait ana veritabanını (OneKey olarak adlandırılmaktadır), sağlık sektöründeki müşteri ilişkilerine yönelik diğer bir pazarda rakibi durumundaki Euris'in yazılımını kullanan müşterilere satmayı reddetmiştir. Fakat Cegedim aynı veritabanını diğer müşterilere satmaktadır. Fransız Rekabet Otoritesi bu davranışı ayrımcı olarak değerlendirmiş ve OneKey'in tıbbi bilgi veritabanı pazarındaki lider veri seti olduğu göz önüne alındığında, Cegedim'in müşterileri arasında ayrımcı bir uygulamada bulunduğu gerekçesiyle hakim durumunu kötüye kullandığı sonucuna varmıştır.[244]

Büyük verinin hâkim durumun kötüye kullanıldığı iddiasına konu edildiği diğer bir davranış biçimi ise Google Search üzerinden[245] ABD, AB ve

---

[243] Autorité de la Concurrence / Bundeskartellamt (2016), Competition Law and Data, s. 14.

[244] Supreme Court confirms discriminatory abuse in market of medical information databases for pharmaceutical companies (France), 31-Jul-2017, https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-009-5612?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true. (Erişim Tarihi: 08.04.2021).

[245] Bilindiği üzere bir kullanıcı Google arama motoruna bir kelime yazdığında, Google internet indeksini araştırarak ilgili internet sitelerini - organik arama sonuçları olarak bilinen - sıralanmış bir şekilde kullanıcıya sunmaktadır. Google "yatay" ya da genel amaçlı şeklinde nitelendirilebilecek bir arama motorudur, çünkü interneti mümkün olduğu kadar kapsamına almaya çalışmakta ve herhangi bir sorgu için son derece kapsamlı sonuç listesi oluşturmaktadır. Genel amaçlı arama motorları, seyahat ve alışveriş gibi dar bir şekilde tanımlanmış içeriğe sahip "dikey" arama motorlarından farklıdır. Dikey arama motorları genel amaçlı arama motor-

ülkemizde uyuşmazlık konusu olmuştur. İlk olarak 2011 yılında ABD Federal Ticaret Komisyonu, Google'ın online arama platformu ile rekabet karşıtı davranışlarda bulunduğu iddiası karşısında soruşturma başlatmıştır. Komisyon özellikle Google'ın "evrensel arama"[246] olarak adlandırılan ve alışveriş sorguları (örneğin belirli bir ürün satan alışveriş mağazaları listesi sunma) ve yerel işletme sorguları (bu tip işletmelerin adres ve konum bilgilerini sağlama) gibi çeşitli kategoriler için özelleştirilmiş arama sonuçları sağlayan sistemini soruşturma konusu yapmıştır. Bu özelleştirilmiş arama sonuçları, karma arama sonuçları sayfası meydana getirebilmek için internet sitelerine yönelik standart linklerin (mavi linkler) arasına yerleştirilmiştir. Bu noktada ileri sürülen ilk iddia, Google'ın benzer özelleştirilmiş arama bilgileri sunan rakip internet sitelerine (alışveriş ve yerel işletme sonuçları) yönelik linklere arama sonuçları sayfasının alt kısımlarında yer verdiğidir. Bu iddia ile bağlantılı bir diğer iddia ise Google'ın kendisine ait özelleştirilmiş arama sonuçlarını arama sonuçları sayfasının üst kısımlarına taşıyarak benzer içeriği sunan rakip sitelere yönelik kullanıcı tercihlerinin azalmasına yol açmasıdır.[247]

Federal Ticaret Komisyonu bu soruşturmada en önemli hususun, Google'ın arama sonuçlarını mevcut veya olası rakip teşebbüslerini dışlamak ve rekabetçi süreci engellemek için mi yoksa tam aksine sahip olduğu arama motoru ürününün kalitesini ve kullanıcı deneyimini geliştirmek için mi değiştirdiğine karar vermek olduğunu ifade etmiştir. Komisyon elindeki tüm kanıtların Google'ın sayfa tasarımındaki değişikliği arama sonuçlarının kalitesini artırmak amacıyla yaptığını ortaya koyduğu sonucuna ulaşmıştır. Komisyona göre Google'ın ürününün bu şekilde gelişmesi, Google'ın bazı ra-

---

larının ikamesi olmadığından, belirli arama kategorileri için tüketicilere Google'a alternatif olarak bilgi sunmaktadır. Statement of the Federal Trade Commission (FTC) Regarding Google's Search Practices, In the Matter of Google Inc., FTC File Number 111-0163, 2013.

https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/295971/130103googlesearchstmtofcomm.pdf (Erişim Tarihi: 17.04.2021).

246 "Evrensel arama; kullanıcıya, çeşitli dikey ve özelleşmiş arama sonuçlarını sunmaktadır. Diğer bir ifadeyle, kullanıcının girdiği sorgu neticesinde gelen arama sonuçları kategorilere ayrılmaktadır. Bu kategoriler alışveriş, yerel sonuçlar, resimler, haberler gibi farklı alanlarda olabilmektedir. Özelleşmiş sonuçlar, organik sonuçlar ve reklam içeren sonuçlarla birlikte ve karışık olarak sunulmaktadır. Evrensel arama kullanarak harmanlanan bazı sonuçlar, arama motoru sonuç sayfasında bir ünite (OneBox) içerisinde gösterilebilmektedir." 13.02.2021 tarihli ve 20-10/119-69 sayılı Kurul Kararı.

247 Statement of the Federal Trade Commission (FTC) Regarding Google's Search Practices, In the Matter of Google Inc., FTC File Number 111-0163, 2013.

kiplerinin satışlarının azalmasına neden olmuş olabilir, fakat bu tip zararlı etkiler şiddetli rekabetin sonucunda yaygın olarak görülebilmektedir.[248]

Avrupa Komisyonu da Google Search (Shopping) kararında Google'ın internet arama pazarında sahip olduğu hâkim durumu, kendisine ait alışveriş karşılaştırma hizmetini diğer rakip alışveriş karşılaştırma hizmetlerine karşı genel arama sonuç sayfasında öne çıkarmak suretiyle kötüye kullanıp kullanmadığını değerlendirmiştir. Komisyon Google'ın hâkim durumunu kötüye kullandığına karar vermiştir. Zira Komisyon'a göre kullanıcı davranışlarının analizi, kullanıcıların genel arama sayfasında daha görünür olan linkleri tıklama eğiliminde olduklarını göstermiştir. Dolayısıyla Google'ın kendisine ait alışveriş karşılaştırma hizmetini genel arama sayfasının daha üst kısımlarında konumlandırması, sunduğu alışveriş karşılaştırma hizmetine yönelik trafiğin artmasına neden olmuştur.[249]

Avrupa Komisyonu bahse konu davada ayrıca Google'ın uyuşmazlık konusu edilen davranışının rekabet karşıtı etkilerini de tespit etmiştir. Söz konusu davranış, Google'ın rakibi durumundaki alışveriş karşılaştırma hizmetlerini engelleme potansiyeline sahip olduğundan bu durum, tüketiciler bakımından daha yüksek fiyatlar anlamına gelecek ve bu da daha az inovasyona neden olacaktır.[250]

Avrupa Komisyonu'nun Google Search kararına öğretide ciddi eleştiriler yöneltilmiştir. Öncelikle Komisyonun yönelttiği suçlamalar, Komisyon'un Google'ın davranışını kötüye kullanma kategorilerinden hangisi kapsamında değerlendirdiğinin tespiti konusunda yardımcı olamamaktadır.[251] Google Search davasındaki maddi vakıa, mevcut üç kötüye kullanma kate-

---

[248] Statement of the Federal Trade Commission (FTC) Regarding Google's Search Practices, In the Matter of Google Inc., FTC File Number 111-0163, 2013; Buna karşın The Wall Street Journal, Federal Ticaret Komisyonu'nun verdiği karardan bir süre sonra Komisyon'un rekabet birimi tarafından hazırlanan raporu yayınlamıştır. Raporda Google'ın soruşturma konusu davranışının rakip dikey internet sitelerine büyük zarar verdiği vurgulanmıştır. Google'ın söz konusu davranışları sonucunda, karşılaştırmalı alışveriş kategorisinde sunduğu hizmetlerin kapsamı genişlerken, aynı dönemde bu kategorideki rakip internet sitelerinin çoğunun internet trafiğinde ciddi azalma meydana gelmiştir. The FTC Report on Google's Business Practices, 24 Mart 2015, The Wall Street Journal, http://graphics.wsj.com/google-ftc-report/ (Erişim Tarihi: 08.04.2021).

[249] Case AT.39740, "Google Search (Shopping)", European Commission, (2017).

[250] Case AT.39740, "Google Search (Shopping)", European Commission, (2017).

[251] AKMAN Pınar, "The Theory of Abuse in Google Search: A Positive and Normative Assessment Under EU Competition Law". [2017] (2) **Journal of Law, Technology and Policy** 301, s. 305.

gorisinden anlaşma yapmayı reddetme (refusal to deal), ayrımcılık (discrimination) ve bağlama (tying) uygulamalarından hiçbirine uymamaktadır. Bu nedenle Google Search davasındaki maddi vakıanın kötüye kullanma olarak nitelendirilmesi için normatif bir değerlendirme yapılması önemli hale gelmektedir.[252] Bu değerlendirmede ise yine öğretide geliştirildiği üzere, kötüye kullanma kavramı uyarınca belirli bir davranışın kötüye kullanma olabilmesi için kümülatif olarak üç şartın gerçekleşmesi gerekmektedir. Söz konusu şartlar; uyuşmazlık konusu davranışın sömürücü (exploitation), dışlayıcı (exclusionary) karakterde olması ve verimlilikte bir artış yokluğuna (lack of an increase in efficiency) yol açmasıdır.[253] Öğretide dava konusu olayda kötüye kullanmanın bu üç şartının da gerçekleşmediği ileri sürülmüştür.[254] Google'ın iddia konusu uygulamalarının bazı rakip teşebbüslerine zarar verdiğinin ispat edilmiş olması, bu uygulamaların rekabete ve tüketicilere zarar verdiğinin de ispatı anlamına gelmemektedir. Kaldı ki Google'ın soruşturma konusu edilen uygulamalarının tüketicilere zarar verdiğini veya verebileceğini söylemek de pek olası görünmemektedir.[255] Komisyon tarafından Google Search kararında ulaşılan bu hatalı sonuç nedeniyle diğer şirketlerin yatırım yapma ve risk alma güdüsünde de bir azalma yaşanabilecektir.[256]

Ülkemizde Rekabet Kurumu da Google'ın genel arama pazarındaki hâkim durumunu kötüye kullanarak çevrim içi alışveriş karşılaştırma hizmetleri pazarındaki rakiplerinin faaliyetlerini zorlaştırdığı iddiası ile bir soruşturma başlatmıştır. Rekabet Kurulu bu konuda önüne gelen dosyada, Google'ın online alışveriş karşılaştırma hizmetleri pazarındaki rakiplerini piyasadan dışladığı temel iddiasını incelemiştir. Kurul bu incelemesi sonucunda Google'ın genel arama sonuç sayfasında rakip alışveriş karşılaştırma hizmetlerinin kendi ilgili hizmetlerine kıyasla dezavantajlı duruma düşürdüğü, rakiplerinin eşit şekilde girişine izin vermediği ve reklam niteliği noktasında belirsizliğe yol açtığı bir alanda alışveriş karşılaştırma hizmeti sunmasının kendi dikey hizmetini genel arama hizmetleri pazarındaki gücünü de kullanarak ön plana çıkardığı kanaatine ulaşmıştır. Kurul bu gerekçelerle Google'ın kendi alışveriş karşılaştırma hizmetini ön plana çıkararak rakip teşeb-

---

252 AKMAN (2017), s. 355.

253 AKMAN Pınar, **The Concept of Abuse in EU Competition Law: Law and Economic Approaches**, Hart Publishing, 2012, s. 300 vd.

254 AKMAN (2017), s. 370.

255 AKMAN (2017), s. 371.

256 AKMAN (2017), s. 370.

büslerin faaliyetlerini zorlaştırdığı ve alışveriş karşılaştırma hizmetleri pazarındaki rekabetin bozulmasına yol açtığını tespit etmiş ve Google'ın 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir.[257]

Rekabet Kurulu ayrıca Google Reklamcılık ve Pazarlama Ltd. Şti., Google International LLC, Google LLC, Google Ireland Limited ve Alphabet Inc.'ten oluşan ekonomik bütünlüğün genel arama hizmetleri pazarındaki hâkim durumunu kötüye kullanarak kendi yerel arama ve konaklama fiyatı karşılaştırma hizmetlerini rakiplerini dışlayacak şekilde öne çıkardığı iddiasına yönelik olarak yakın tarihte yeni bir karar vermiştir.[258] Kurul toplanan tüm delil, bilgi ve belgeler, düzenlenen rapor, yazılı savunmalar ve sözlü savunma toplantısında yapılan açıklamaları değerlendirerek, Google'ın kendi yerel arama ve konaklama fiyatı karşılaştırma hizmetlerine genel arama sonuç sayfasında konum ve gösterim olarak rakiplerine kıyasla avantaj sağlayarak ve rakip yerel arama sitelerinin Local Unit'e girişine engel olarak rakiplerin faaliyetlerinin zorlaştırılmasına ve yerel arama hizmetleri ve konaklama fiyatı karşılaştırma hizmeti pazarlarındaki rekabetin bozulmasına yol açmak suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir.

Yukarıda değinilen ve Federal Ticaret Komisyonu, Avrupa Komisyonu ve Rekabet Kurulu tarafından esasında büyük veri temelinde verilen bu kararlara rağmen, öğretide rekabet otoritelerine büyük verinin odağında bulunduğu uyuşmazlıklarda geliştirdikleri argümanlardan dolayı eleştiriler yöneltilmiştir. Anılan otoriteler "hâkim durumda" olarak sınıflandırılan şirketler tarafından gerçekleştirilen tek taraflı uygulamalardan birleşmelere kadar geniş bir yelpazede yer alan uyuşmazlıklarda, büyük verinin çeşitli yönlerini dikkate almıştır. Fakat rekabet otoritelerine söz konusu ihlallere karşı ağırlıklı olarak büyük veri argümanlarına dayalı olarak harekete geçmeyi henüz tercih etmedikleri eleştirisi yöneltilmektedir.[259]

c. Büyük Verinin Beraberinde Getirdiği Sorular

Büyük verinin yarattığı yeni ve önemli fırsatlar rekabet hukuku analizleri bakımından önemli soruların da ortaya çıkmasına neden olmuştur. Büyük

---

257 13.02.2021 tarihli ve 20-10/119-69 sayılı Kurul Kararı.

258 08.04.2021 tarihli ve 21-20/248-105 sayılı Kurul Kararı.

259 YUN John M., "Antitrust After Big Data", **Criterion Journal on Innovation**, Vol. 4, 2019, George Mason Law & Economics Research Paper No. 19-24, s. 424-425.

verinin rekabet hukuku özelinde yol açtığı sorulardan biri hâkim durumun tespiti bakımından büyük veriye sahip olmanın bir pazar gücü anlamına gelip gelmeyeceğidir. Büyük verinin piyasa değerini ölçmede karşılaşılan problemler büyük veri üzerinden hâkim durum tespitini de zorlaştırmaktadır. Bu problemlerden ilki verilerin büyük bir kısmının iki ya da çok yönlü platformlar eliyle ücretsiz olarak toplanmasıdır. Bu noktada ücret ödenmemesi nedeniyle verinin toplanmasının yol açtığı maliyeti ölçmek güçleşmektedir. İkincisi ise büyük verinin hacmi itibarıyla ölçülmesinin neredeyse mümkün olamamasıdır. Zira verinin hacmi sürekli olarak değişmektedir.[260] Buna karşın Fransız rekabet otoritesi ile Alman Federal Kartel Ofisi ortak hazırladıkları metinde verinin toplanmasının ve kullanımının bir pazar gücü kaynağı meydana getirebileceğini ileri sürmüşlerdir.[261]

Öğretideki diğer bir tartışma ise verinin tek başına bir ürün pazarı olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ile ilgilidir. Bir görüşe göre kullanıcı verisine yönelik pazar bu veriler üzerinden hizmet veren pazarlardan ayrı bir şekilde tanımlanmalıdır.[262] Buna karşın ABD ve AB rekabet hukuku sistemlerinde pazar tanımı esas olarak talep ikamesine dayanmaktadır. Talep ikamesinde ise ilgili pazarın tanımlanması, ürün veya hizmetlerin müşterilere satımı ile müşteriler bakımından söz konusu ürün ve hizmetlerin ikamesi olarak kabul gören ürün ve hizmetlerin belirlenmesi aşamalarını içermektedir. Bu noktadan hareketle toplanan verilerin satış işlemine konu edilmemesi halinde talep ikamesi yoluyla ayrı bir pazar olarak tanımlanabilmeleri imkânı ortadan kalkmaktadır. Zira pazar tanımının başlıca amacı aralarında rekabet olan ve olmayan ürünler arasına bir çizgi çizebilmektir. Satış işlemine konu olmayan ürünler arasında böylesine bir rekabet meydana gelemeyecektir. Buna karşın müşterilere satılan kişisel verilerin ise öğretide ayrı bir ilgili pazar olarak tanımlanabileceği savunulmaktadır.[263]

---

[260] AYATA Zeynep, "Büyük Yenilik Büyük Değişiklik Gerektirir mi? Avrupa Birliği Rekabet Hukukunun Büyük Veri ile İmtihanı", **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Cilt: 34, Sayı: 4, Aralık 2018, s. 218.

[261] Hatta anılan iki otoriteye göre teşebbüsler sahip oldukları veri odaklı pazar gücünü içinde bulundukları pazara yakın durumdaki pazarlarda rekabet avantajı elde etmek için dahi kullanabilir. Autorité de la Concurrence / Bundeskartellamt (2016), Competition Law and Data, s. 16.

[262] LASSERRE / MUNDT, s. 89-90.

[263] TUCKER / WELLFORD, s. 4-6.

C. Veri Karşılığında Ücretsiz Hizmet Sunulması

Verinin dijital platformlara üzerinde yarattığı en önemli etki ise, platformun bir tarafındaki tüketici gruba sağlanan hizmetlerin ücretsiz olması buna karşın diğer taraftaki genellikle de ilan veren tarafın ücret ödemesidir. Bu şekilde reklama dayalı olarak faaliyet gösteren dijital platformlara örnek olarak *Facebook* ve *Linkedln* gibi sosyal ağlar, *Gmail* ve *Outlook* gibi e-mail hizmetleri, *Kelkoo* ve *Twenga* gibi alışveriş (fiyat) karşılaştırma siteleri ve son olarak Youtube gibi video aktarım hizmeti veren platformlar verilebilir. Esasında Dijital platformların belirgin özelliği veri-güdümlü olmalarıdır. Kullanıcıların platformu kullanarak ve platformun izleme uygulamalarına onay vererek sağladığı veriler ve yine kullanıcıların hedef gözeten reklamlara maruz kalmaya istekli yaklaşması platformun kullanıcı tarafının ücretsiz olmasının en önemli sebebi niteliğindedir. Hatta Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesinin yukarıda değinilen *Amex* kararında da değinildiği üzere bazı platformlarda, platformun bir taraftan elde ettiği gelir negatif dahi olabilmektedir. Tipik bir kart, tüketicilerden yıllık ücret ve kullanım ücreti talep etmeyebilir. Buna ek olarak kart tüketiciye, tüketici bakımından kartın maliyetini negatif hale getirecek avantajlar ve teşvikler sağlamaktadır. Bunlar havayolu seyahat milleri, kart vasıtasıyla alınmış ürünlerin uzatılmış garantiler, kart ile kiralanmış arabaların artırılmış sigorta koruması gibi faydalı uygulamaları içerebilir. *Amex*'in kendi kartına bağlı olarak sunduğu teklifler de büyük oranda bu şekildedir: şirketin kart sahiplerinin çoğunluğu karta sahip olabilmek için hiçbir ödeme de bulunmamakta buna karşın kart vasıtasıyla yapılan her alım için birtakım avantajlar elde etmektedir. Bunun sonucu olarak kart kullanmak aslında peşin ödemekten daha ucuz olmaktadır.[264]

Ücretsiz pazarlar tüketicilere bazı önemli yararlar sağlamaktadır. İlk olarak, eğer hizmet karşılığında bir fiyatlama yapılmıyorsa rekabet ürün kalitesine yoğunlaşma eğilimi taşır hale gelecektir. Zira iki ücretsiz hizmet arasında tüketiciler daha iyi kaliteye sahip olana yönelecektir. Kalite rekabetin en önemli parametrelerinden biri olacağı için bu durum inovasyon ve kalite gelişimini hızlandıracaktır. Bir diğer faydası, kullanıcıları çok sayıda uygulama indirerek ve çok sayıda hizmeti kullanarak çoklu erişime (*multi-home*) teşvik etmesidir. Eğer belli bir sektörde sunulan teklifler ücretsizse, kullanıcılar bu teklifler arasında en iyisini bulma umudu ile en azından tekliflere dair denemede bulunacaktır. Bu bakımdan ücretsiz hizmetler piyasaya

[264] HOVENKAMP (2019), s. 41.

girişi kolaylaştırırken rekabeti de tetiklemektedir. Son olarak ücretsiz hizmetler "*freemium*" gibi fiyatlama stratejileri bakımından da faydalı bir rol üstlenmektedir.[265]

Öğretide bu tip ücretsiz platform hizmetleri yönünden pazarın tanımlanmasına karşı çıkanlar, para akışı yoksa pazar da yoktur argümanını ileri sürmektedir. Zira bu düşünceyi savunanlara göre, bu durumda taraflardan hiçbiri hukuki açıdan bağlayıcı bir taahhütte bulunmamaktadır.[266]

Rekabet hukuku açısından buradaki tartışma, platformun "ücretsiz" hizmet verilen tarafındaki pazarın bir ekonomik faaliyet[267] olarak adlandırılıp adlandırılamayacağıdır. Zira bu soruya verilecek cevaba göre anılan pazar rekabet hukuku incelemesine konu edilecek veya edilmeyecektir. Pazar tanımı bakımından ortaya çıkan soru, parasal bir ödemenin yapılmadığı bir pazarın rekabet otoritelerinin müdahalesine açık bir pazar olarak kabul edilip edilemeyeceğidir. Bu bağlamda bu soruya bağlı bir diğeri de kullanıcı verisi gibi diğer ayni ödeme şekillerinin bir pazar olarak nitelendirmeye yeterli olup olamayacağıdır. Söz konusu soruya özellikle ABD ve AB rekabet hukuku sistemlerinde mahkemelerce net bir cevap verilemediği söylenebilir.

D. Kullanıcıların Platforma Online Veri Sağlaması

Kullanıcılarına ücretsiz hizmet sağlayan platformlarda kullanıcıların platforma sağladığı online verilerin ücret yerine geçerek kullanıcılar ile platformlar arasında ekonomik bir işlem gerçekleştiği sonucuna ulaşılıp ulaşılamayacağı hususunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, olağan ekonomik işlemlerin aksine olacak şekilde, veri sağlayıcısı durumundaki kullanıcılar platformun kendileri üzerinden elde edeceği bilginin türü ve miktarı ile yine bu bilgi karşılığında kendilerinin ne elde edeceklerine ilişkin bir karar veremeden pazarlıksız (karşı tarafın kabul etmesi dışında tek seçeneğin işlemin gerçekleştirilmemesi olduğu teklifler) bir teklife muhatap ol-

---

[265] EDELMAN Benjamin / GERADIN Damien, "An Introduction to the Competition Law and Economics of 'Free'"(August 23, 2018). Forthcoming, Antitrust Chronicle, **Competition Policy International**, s. 5.

Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=3238719.

[266] KERSTING Christian / DWORSCHAK Sebastian, "Google als Marktbeherrscher?- zur geringen Aussagekraft hoher Nutzerzah-len im Internet", ifo Schnelldienst (Does Google Hold a Dominant Market Position? -Adreessing the (Minor) Significance of High Online User Shares) 16/2014, s. 7 [naklen Bundeskartellamt B6-113/15, s. 34].

[267] Bir ekonomik faaliyet, kar getirici olsa da olmasa da, ekonomik ticaret içeren herhangi bir faaliyeti içermektedir. European Commission, [1992] OJ L326/31, paragraf 43.

maktadırlar.[268] Gerçekten de bir ürün veya hizmet için ödeme yapan bir tüketici sağlanan değerin ücretine uygunluğunu doğrudan değerlendirebilir. Fakat ücretsiz hizmet verilen pazarlarda tüketiciler böyle bir değerlendirme yapamaz. Söz konusu hizmet tüketiciye ait veriyi kullanma veya reklamlar gösterme yoluyla çok büyük bir gelir elde edebilir ama kullanıcı bu durum hakkında bilgi sahibi olamayacaktır.[269]

Fakat buradaki gerekçe, hizmet karşılığında veri verilmesinin ekonomik bir işlem olmasını engellemek için yeterince güçlü değildir. Zira kullanıcıların bankacılık ve sigorta alanlarındaki gibi geleneksel ticari faaliyetlerdeki koşulları müzakere edemediği çok sayıda pazarlıksız teklif bulunmaktadır. Bu geleneksel ticari faaliyetler, yine de ekonomik işlem olarak kabul görmektedir.[270]

Buna karşın öğretide diğer bir görüş ise online veriyi internete dayalı sunulan ürünlerin ve hizmetlerin fiyatı (bedeli) olarak değerlendirmektedir. Bu durum aslında internete dayalı platformların birçoğunun kullanıcıları ücretlendirmemesinden ve yine bu tür platformların topladıkları online veriyi bir tür para birimi ya da sundukları ürün ve hizmetlerin karşılığı olarak görmelerinden kaynaklanmaktadır. Bu görüşü savunanlara göre, internete dayalı ürün ve hizmetlerin çoğu ücretsiz sunulmasına rağmen bunların karşılığı kullanıcı verisi gibi kişisel bilgiler ile ödenmekte ve online veri, ürün ve hizmetlerin karşılığının ödenmesi için kullanılan bir para birimi olarak kabul edilmektedir.[271]

Alman Federal Kartel Ofisi, ücretsiz verilen hizmetin gerçekten ücretsiz olup olmadığının olay bazında değerlendirilmesinin faydalı olabileceğini düşünmekle birlikte, bir kullanıcının bir ürünü kullanmak için ödemede bulunmamış olsa dahi kendisine ait veriye ulaşma imkânı tanıyarak (bu veriyi açık ederek) ödeme yapabileceğini savunmuştur. Bu bağlamda, platform işleticisi tarafından örneğin sosyal ağ ziyaret edildiğinde elde edilen kişisel veri[272] özel bir öneme sahiptir. Bu veriler parasal bir değere sahip karşılık

---

[268] LI Liang, "Data and Market Definition of Internet-based Business", **Competition and Regulation in Network Industries,** Vol. 20(1), 2019, s. 62.

[269] EDELMAN / GERADIN, s. 8.

[270] LI, s. 63.

[271] LI, s. 63.

[272] Kişisel veri tespit edimiş veya tespit edilebilir bir kişiye ilişkin her tür bilgi olarak tanımlanabilir. EZRACHI / STUCKE, s. 15.

olarak görülebilir. Platform bu verileri değerlendirerek kullanıcıları kişisel özellikleri ve ilgi alanlarına dayalı olarak kategorize edebilir ve reklamların dağıtımının hedefe yönelik olması için bu verileri reklam verenlere teklif edebilir.[273]

E. Amerika Birleşik Devletleri

Sherman Yasası'nın lafzı itibarıyla ticari faaliyetlere uygulandığı söylenebilir. Buna karşın Amerikan rekabet hukuku'nun kapsamı son derece geniştir. Ayrıca ticari faaliyet kavramını tanımlamak da kolay olmayabilmektedir.[274] ABD Yüksek Mahkemesi'nin rekabet hukukunun odak noktasının mal ve hizmetlerin pazarlanmasındaki ticari rekabet olduğu yönündeki tespiti ile bu belirsizliği büyük oranda giderdiği söylenebilir.[275] Fakat Mahkemenin bu tespiti, platformların ücretsiz hizmet verildiği pazarın ticari faaliyet olarak addedilerek rekabet hukuku'nun kapsamına girmesini de zorlaştırmaktadır. Robert H. Bork bir adım ileriye giderek hizmetlerin ücretsiz sunulmasının platformlara yöneltilebilecek rekabet hukukundan kaynaklanan ithamları dahi etkisiz hale getirdiğini savunmuştur. Ona göre rekabet otoriteleri arama motorlarına karşı ek ithamlar geliştirmeye teşebbüs etseler de bu ithamlar dayanaktan yoksundur. Bork'a göre rekabet otoriteleri tarafından Google gibi arama motorlarına yöneltilen tekelleşme ithamları, arama motorlarının kullanıcılarına sundukları hizmetler ücretsiz olduğundan ve müşteriler de tek bir hareketle alternatif arama motorlarına yönelebileceğinden dolayı tutarsızdır.[276] Bu tutarsızlık iddiasının temel dayanağı ise arama motorlarının kullanıcılarına sundukları hizmetin ücretsiz olmasıdır.

Amerikan rekabet hukuku sisteminde, platformlarda ücretsiz hizmet verilen pazar bağlamında incelenmesi gereken ilk karar *KinderStart.com. v. Google* kararıdır[277]. *KinderStart* bebeklerin sağlığı ve eğitimi başta olmak üzere onlara ilişkin bir dizi önemli bilgiye ulaşmayı sağlayan bir tür arama motoru vazifesi görmektedir.

---

[273] Bundeskartellamt B6-113/15, s. 37.

[274] NEWMAN John M., "Antitrust in Zero-Price Markets: Foundations", 164 **University of Pennsylvania Law Review**, 149 (2015). s. 159.

[275] Apex Hosiery Co. v. Leader, 310 U.S. 469, 495 (1940).

[276] BORK Robert H., Opinion, Antitrust and Google, Chicago Tribune, 6 Nisan 2012. https://www.chicagotribune.com/opinion/ct-xpm-2012-04-06-ct-perspec-0405-bork-20120406-story.html. (Erişim Tarihi: 08.04.2021).

[277] KinderStart.com, LLC v. Google, Inc. (2007). Case No. C 06-2057 JF (RS) (N.D. Cal., March 16, 2007).

Google "*PageRank*" olarak adlandırılan ve web siteleri kullanışlılıklarına göre 1-10 puan arasında derecelendiren bir sistem kurmuştur. *KinderStart,* sahip olduğu web sitesinin ziyaretçi sayısındaki keskin düşüşün *Google*'ın anılan sistemine dayanarak kendisine 0 puan vermesinden kaynaklandığı iddiasıyla bu davayı açmıştır. İlgili pazarın tespiti bakımından ise *KinderStart* "arama pazarı" ve "arama reklam pazarı" şeklinde iki pazar bulunduğu iddiasında bulunmuştur. Federal mahkeme, *KinderStart*'ın "arama pazarı" iddiasının dayanaktan yoksun olduğuna karar vermiştir. Mahkemeye göre, arama fonksiyonunun sunulması belki diğer kaynaklardan gelir elde edilmesine neden olabilir. Fakat *KinderStart* herhangi birinin *Google*'a arama yapmak için ödeme yaptığını da iddia etmemiştir. Bu nedenle arama pazarı rekabet hukukunun taşıdığı amaçlar bakımından "pazar" olarak nitelendirilemez.[278]

ABD Adalet Bakanlığı ise önüne gelen bir birleşme soruşturmasında,[279] pazarda verilen hizmetin ücretsiz olması hususunu görmezden gelmeyi tercih etmiştir. ITA bir yazılım ürünü olan OPX'in tasarımcısıdır. OPX ise uçuş fiyatları hakkında anlık olarak bilgi edinme imkânı sunan bir yazılım ürünüdür. *Google* OPX ile birleşmesi sonrasında OPX'i halihazırda bir çoğu OPX'i kullanmaya devam eden seyahat siteleri ile rekabet edecek şekilde online seyahat hizmeti sunmak için kullanmayı planlamıştır.[280] Adalet Bakanlığı incelemesinde, karşılaştırmalı uçuş arama hizmetlerini ilgili ürün pazarlarından biri olarak kabul etmiş ve fakat yollama da bulunduğu diğer *Expedia*, *Kayak* gibi hizmet sağlayıcılarının bu hizmetlerini ücretsiz sunduklarına değinmemiştir.[281]

F. Avrupa Birliği

AB rekabet hukuku platformlarda ücretsiz sunulan hizmetler bakımından değerlendirildiğinde, öncelikle Almanya'da pazarın tanımlanmasında ücretsiz kullanıcı tarafının dikkate alınmadığı birçok karar bulunmaktadır. Düseldorf Yüksek Bölge Mahkemesi (*Higher Regional Court Düsseldorf*)

---

[278] KinderStart.com, LLC v. Google, Inc. (2007). Case No. C 06-2057 JF (RS) (N.D. Cal., March 16, 2007), 5.

[279] United States v Google/ITA Software, Case 1:11-cv-00688 (Complaint, DDC 8 April 2011).

[280] SHELTON David, "Coding Consent: The Merits of Antitrust Consent Decrees in the Tech Industry", **UCLA Journal of Law & Technology**, Volume 19, Issue 1, Spring 2015, s. 14.

[281] ROBERTSON, s. 221.

tarafından *Booking.com*'un oteller ile akdettiği sözleşmelere[282] koyduğu en iyi fiyat şartı (best price clause) ile rekabet hukukunu ihlal edip etmediği değerlendirilmiştir. Mahkeme ilk olarak, Federal Alman Kartel Ofisinin ilgili ürün pazarının tespitinde ulaştığı sonucu onayladığını ifade etmiştir. Kartel Ofisine göre ilgili ürün pazarı "arama, karşılaştırma ve rezervasyon" hizmetlerini paket halinde içeren aracı otel portal hizmetidir.[283] Buradan hareketle otellerin rezervasyon hizmeti sundukları kendi web siteleri, online seyahat acentaları, tur operatörlerinin portalları bu pazara dahil değildir.[284] Mahkemeye göre, otel müşterilerinin arama ve rezervasyon davranışları, ağ etkilerinin otel şirketlerinin perspektifinden otel aracı hizmetler portalının fonksiyonel ikame edilebilirliğini etkilediği oranda ilgili pazarın tanımlanmasında önem arz etmektedir.[285] Mahkeme tüm ticari faaliyetlerin eğer bu faaliyetler bir bedel karşılığında icra ediliyorsa bir pazar içerisinde değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Fakat uyuşmazlık konusu bu olayda olduğu gibi, eğer bir hizmet bir taraf için (oteller) bir bedel karşılığında sunulurken, diğer taraftan (otel müşterileri) herhangi bir bedel talep edilmiyorsa Mahkemeye göre, sadece hizmet karşılığı olarak ücret talep edilen taraf, pazarın bir parçası olarak kabul edilecektir.[286] Mahkeme ulaştığı bu sonuca rağmen, hizmetin ücretsiz olarak sunulduğu tarafın en azından bedel karşılığı sunulan ilgili ürün ve hizmetlere dair pazar faaliyetlerini etkileyebileceğini de kabul etmiştir. Bu tip pazarlarda, özellikle bir grup kullanıcının (bura-

---

[282] Booking firmasının sahip olduğu sistem, otelden anlık olarak alınan onay ile o tarihte yürürlükte olan oda fiyatı üzerinden doğrudan rezervasyon imkanı sağlamaktadır. Booking, otel müşterileri ve oteller ile sözleşme ilişkisi kurmaktadır. Bir otel odasına dair otel portalı aracılığıyla rezervasyon yapıldığında, otel müşterisi ile Booking arasında bir aracı anlaşma meydana gelmektedir. Booking bu aracı hizmet için otel müşterisinden herhangi bir ücret talep etmemektedir. Otel müşterisi sadece oda ücretini rezervasyon yaptığı otele ödemektedir. Booking ile otel arasında otelin Booking'in otel rezervasyon sistemine dâhil olmasına yönelik bir anlaşma bulunmaktadır. Bu anlaşma otelin Booking'e her bir rezervasyon için standart oranda (%10-15) bir komisyon ve konaklamanın gerçekleşmesi halinde de gecelik konaklama fiyatının belli bir oranını (%15-20) ödemesini şart koşmaktadır. Bundeskartellamt, B 9-121/13 Administrative Proceedings Decision Pursuant to Sec. 32 (1) of the Act Against Restraints of Competition (GWB) Public Version, paragraf 18.

[283] Bundeskartellamt, B 9-121/13 Administrative Proceedings Decision Pursuant to Sec. 32 (1) of the Act Against Restraints of Competition (GWB) Public Version, paragraf 6.

[284] Bundeskartellamt, B 9-121/13 Administrative Proceedings Decision Pursuant to Sec. 32 (1) of the Act Against Restraints of Competition (GWB) Public Version, paragraf 130.

[285] Bundeskartellamt, B 9-121/13 Administrative Proceedings Decision Pursuant to Sec. 32 (1) of the Act Against Restraints of Competition (GWB) Public Version, paragraf 140.

[286] Bundeskartellamt, B 9-121/13 Administrative Proceedings Decision Pursuant to Sec. 32 (1) of the Act Against Restraints of Competition (GWB) Public Version, paragraf 141.

da: oteller) belirli bir mal ve hizmetten elde edeceği fayda, diğer grupta yer alan kullanıcıların (burada: otel müşterileri) kaçının bu mal ve hizmetleri talep edeceğine bağlıdır (dolaylı ağ etkileri).[287]

Federal Alman Kartel Ofisi *Facebook* kararında, yukarıda yer verilen *Booking* kararında değişikliğe gitmiştir. Otoritenin bu karar değişikliğinde Alman Rekabet Kanun'unun (Act against Restraints of Competition- Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen-GWB) 18. bölümünün 2(a) bendinde (*Section 18(2a*)) yapılan değişikliğin de etkisi olmuştur.[288] Bu değişiklik ile bir pazarın tanımlanması aşamasındaki varsayımın, bir ürün veya hizmetin ücretsiz olarak sağlanması nedeniyle geçersiz hale gelmeyeceği ifade edilmiştir. Otoriteye göre, özel kullanıcıların kullanma karşılığında herhangi bir ücret ödememesine rağmen bir hizmet sosyal ağ pazarının bir parçası olarak kabul edilebilir.[289]

Alman Federal Kartel Ofisine göre, daha önceki içtihatlarda ücretsiz platform bir pazar olarak tanınmamıştır, çünkü parasal döngü ve fiyat belirleme değişkenleri olmaksızın bir pazarın mevcut olamayacağı düşünülmüştür. Otoriteye göre Alman Rekabet Kanununun 18. bölümüne 2(a) bendinin eklenmesi ile kanun koyucu da temelde ücretsiz hizmetlerin bir pazar faaliyeti olarak sınıflandırılabileceğini kabul etmişse de, böyle bir sınıflandırmanın şartları belirsizliğini korumaktadır.[290] Bu nedenle otorite, platform hizmetini ücretsiz olarak kullanan bir kullanıcı grubun, eğer bu grup ücret ödeyen bir kullanıcı grubu ile bağlantılı ise rekabet hukuku bakımından en azından bir pazar olarak değerlendirilmesi gerektiğine karar vermiştir. Bu yaklaşım, platformun reklam veren tarafı ile "izleyici" tarafı arasında yakın bir ilişki bulunduğu düşüncesine dayanmaktadır. Platformun faaliyetleri bu nedenle tek ve aynı ticari amaca yönelmektedir.[291] Alman Federal Kartel ofisi-

---

[287] Bundeskartellamt, B 9-121/13 Administrative Proceedings Decision Pursuant to Sec. 32 (1) of the Act Against Restraints of Competition (GWB) Public Version, paragraf 142.

[288] Revised German Antitrust & Competition Law, June 2017, https://www.mayerbrown.com/-/media/files/perspectives-events/publications/2017/06/revised-german-antitrust--competition-law/files/get-the-full-report/fileattachment/legalupdate-revised-german-antitrust-law.pdf (Erişim Tarihi: 17.02.2021).

[289] Bundeskartellamt, B 6-22/16 Administrative Proceedings Decision Pursuant to Sec. 32 (1) of the Act Against Restraints of Competition (GWB) Public Version, paragraf 238.

[290] Bundeskartellamt, B 6-22/16 Administrative Proceedings Decision Pursuant to Sec. 32 (1) of the Act Against Restraints of Competition (GWB) Public Version, paragraf 240.

[291] Bundeskartellamt, B 6-22/16 Administrative Proceedings Decision Pursuant to Sec. 32 (1) of the Act Against Restraints of Competition (GWB) Public Version, paragraf 241.

ne göre platformun her iki tarafı arasındaki yakın ilişki, tarafların dolaylı ağ etkileri ile birbirlerine bağlantılı hale gelmelerinden ve faaliyetlerinin benzer bir kâr sağlama amacını izlemesinden kaynaklanmaktadır.[292]

Avrupa Komisyonu, Alman Rekabet Kanunu'nun 18. bölümünün 2a bendindeki değişiklikten sonra ve fakat Alman Federal Kartel Ofisinin *Facebook* kararından önce verdiği *Google Search (Shopping)* kararında genel online arama hizmetlerini ilgili pazar olarak tanımlamıştır.[293] Komisyon genel arama hizmetlerinin bir ekonomik faaliyet meydana getirdiği yönünde vardığı bu sonucu üç nedene dayandırmıştır. Söz konusu nedenler, aslında Komisyonun ücretsiz hizmetlerin pazar olarak tanımlanması şeklindeki kabülünün de bir bakıma temel dayanaklarını oluşurmaktadır. Komisyona göre ilk olarak kullanıcılar genel arama hizmetinin kullanımı karşılığında parasal bir karşılık ödememesine rağmen kullanıcılar her sorgu girdiklerinde veri sağlayarak arama hizmeti üzerinden para kazanılmasına katkıda bulunmaktadırlar. Çoğu durumda, bir sorgu giren kullanıcı genel arama hizmeti operatörü ile sözleşmesel bir ilişki içerisine girmektedir. Örneğin *Google*'ın hizmet koşulları "*Hizmetlerimizi kullanarak Google'ın bu tipteki verileri sahip olduğu gizlilik politikaları uyarınca kullanabileceğine rıza göstermiş olursunuz*" şeklinde bir hüküm içermektedir. *Google* söz konusu gizlilik politikası uyarınca kullanıcıların sorgularına ilişkin veriyi depolayabilir ve tekrar kullanabilir. Diğer genel arama hizmeti sağlayıcıların koşul ve şartları da benzer hükümleri içermektedir. Kullanıcının genel arama motoru sağlayıcısının depolama ve yeniden kullanmasına rıza gösterdiği veri, bu veri arama hizmetinin (kullanıcılara) uygunluğunu artırmak ve (aramalarla) daha bağlantılı (alakalı) reklamcılığı göstermek için kullanıldıkça, genel arama hizmeti sağlayıcı için değerli hale gelecektir.[294]

İkinci olarak ücretsiz bir hizmet sunulması, birbirlerinden ayrı ve fakat birbirlerine bağımlı talepleri bağlayan bir genel arama motoru platformu gibi iki taraflı platformlar için avantajlı bir ticari strateji olabilir. İki taraflı platformlarda iki ayrı kullanıcı grubu etkileşim içerisine girmektedir. En azından bu kullanıcı gruplarının biri bakımından platformdan elde edilen değer, diğer taraftaki kullanıcıların sayısına bağlı olacaktır. Genel arama hizmetleri

---

[292] Bundeskartellamt B6-113/15, s. 36.

[293] Google Search (Shopping) (Case AT.39740) Commission Decision of 27 June 2017 [2018] OJ C9/11, paragraf 154.

[294] Google Search (Shopping) (Case AT.39740) Commission Decision of 27 June 2017 [2018] OJ C9/11, paragraf 158.

ve online arama bazlı reklamcılık, bir genel arama hizmeti platformunun iki tarafını oluşturmaktadır. Bir genel arama motorunun elde edebileceği reklam gelirlerinin düzeyi genel arama hizmetinin kullanıcılarının sayısı ile bağlantılıdır. Zira bir genel arama hizmetinin kullanıcılarının sayısı yükseldikçe, platformun online arama reklamcılık tarafının reklam verenler yönünden çekiciliği de artacaktır.[295]

Son olarak genel arama hizmetleri birbirleri ile fiyat rekabeti içerisine girmemesine rağmen genel arama hizmetleri arasında diğer rekabet değişkenleri bulunmaktadır. Bu değişkenler arama sonuçlarının uygunluğunu, sağlanan arama sonuçlarına ulaşma hızını, kullanıcı arayüzünün kullanıcılar bakımından çekiciğilini ve web dizinlemesinin derinliğini içermektedir.[296]

G. Türkiye

Türk rekabet hukuku sisteminde, Rekabet Kurulu'nun 19-38/575-243 sayılı *Google LLC* kararında ilgili ürün pazarı "genel arama hizmetleri" şeklinde tanımlanmış ve ulaşılan bu sonuca dayanak niteliğindeki açıklamalarda ücretsiz hizmetlere ilişkin birtakım tespitlerde bulunulmuştur. Genel arama hizmetleri pazarının bir tarafında aramayı yapan kullanıcıların/tüketicilerin, diğer tarafında ise arama ile bağlantılı sundukları içerik ile bu arama sonuçlarının oluşmasını besleyen içerik sağlayıcılarının yer aldığı çok taraflı bir pazar niteliği taşıdığı vurgulanmıştır. Platformun bu tarafları arasındaki aracılık faaliyetini ise platformun sahibi ve işleticisi konumundaki arama motoru üstlenmektedir.

Rekabet Kurulunun söz konusu kararında, Alman Federal Kartel Ofisi ve Avrupa Komisyonu'nun aksine, ücretsiz verilen hizmetin bir ekonomik faaliyet teşkil edip etmediğinin ve dolayısıyla da rekabet hukuku kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği hususunun doğrudan tartışılması tercih edilmemiştir. Bunun yerine ekonomik faaliyet ibaresine açık bir biçimde yer verilmeksizin zımni olarak da olsa, genel arama hizmetinin ücretsiz niteliğine rağmen neden rekabet hukuku kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ortaya koyan şu ifadelere yer verilmiştir.

---

[295] Google Search (Shopping) (Case AT.39740) Commission Decision of 27 June 2017 [2018] OJ C9/11, paragraf 159.

[296] Google Search (Shopping) (Case AT.39740) Commission Decision of 27 June 2017 [2018] OJ C9/11, paragraf 160.

"*Bu kapsamda diğer birçok çevrim içi platformda da gözlemlendiği üzere, genel arama hizmetleri pazarında aramayı yapan kullanıcı/tüketici aldığı hizmet için doğrudan bir bedel ödememekte, arama motoru tarafından doğrudan ya da dolaylı olarak ücretlendirilen taraf çoğu durumda içerik sağlayıcılar olmaktadır. Dolayısıyla genel arama hizmetleri farklı tarafların talebinin birbirini beslediği dolaylı şebeke etkilerinin yoğun olarak hissedildiği bir piyasa özelliğine sahiptir*."[297]

"*Kullanıcılar genel arama hizmetlerinin kullanımı için bir ücret ödememekle birlikte, aslında her sorgu girdiklerinde söz konusu hizmetlere veri sağlayarak genel arama hizmeti sunan teşebbüsün gelir elde etmesine katkıda bulunmaktadır. Genel arama hizmetleri kullanıcı talebi tarafında fiyat bakımından rekabet etmemekte, arama sonuçlarının ilgisi, sonuçları sağlamadaki hızı, kullanıcı ara yüzünün çekiciliği ve internet sitelerini dizine ekleme becerisi gibi parametreler özelinde rekabeti sürdürmektedir*."[298]

"*Bir hizmetin ücretsiz sunulması genel arama motoru gibi çok taraflı platformlar için bir avantaj haline gelebilmektedir. Çok taraflı platformlar birden çok tarafı bir araya getirmekte ve söz konusu taraflardan en az biri için platformun değeri diğer taraftaki kullanıcı sayısına bağlı olmaktadır. Reklamcılık gelirleri, genel arama hizmetlerini kullanan kullanıcı sayısıyla orantılı iken, genel arama hizmetlerinin kullanıcılarının sayısının daha fazla olması, reklamcılar için platformu daha değerli hale getirmektedir*"[299]

Yukarıda Kurul kararından alınan ilk paragrafta, genel arama hizmetleri platformunda dolaylı ağ etkilerinin yoğun olarak hissedildiğinin vurgulanmasının nedeninin her ne kadar açıkça ifade edilmemişse de, aynı Kararda tek bir pazar tanımı yapılmış olması ile bağlantılı olabileceği düşünülmektedir. Şöyle ki, Alman Tekel Komisyonu platformun sınıflandırmasına bakılmaksızın platformun iki grup kullanıcısı arasında güçlü dolaylı ağ etkilerinin bulunduğu durumlarda tek bir pazar tanımı yapılması gerektiğini savunmuştur.[300] Nitekim Rekabet Kurulunun söz konusu kararında da tek bir genel arama hizmetleri pazarı tanımlanmıştır.

---

[297] 07.11.2019 tarihli ve 19-38/575-243 sayılı Kurul Kararı, paragraf 11.

[298] 07.11.2019 tarihli ve 19-38/575-243 sayılı Kurul Kararı, paragraf 12.

[299] 07.11.2019 tarihli ve 19-38/575-243 sayılı Kurul Kararı, paragraf 13.

[300] Bundeskartellamt, B6-113/15, s. 26.

Rekabet Kurulu'nun inceleme konusu *Google LLC* kararından alınan diğer paragrafta ise, kullanıcıların ücret ödememesine rağmen girdikleri her sorguda veri sağladıkları, bu durumun da genel arama hizmeti sunan teşebbüsün yani platformun (reklam verenlerden) gelir elde etmesine katkı sağladığı ifade edilmiştir. Yukarıda da değinildiği üzere, Alman Federal Kartel Ofisi kullanıcılar tarafından sağlanan verilerin parasal bir değere sahip karşılık olarak görülebileceğini savunmuştur. Nitekim Rekabet Kurulu söz konusu paragrafta aslında açık bir şekilde ifade etmemişse de, Alman Federal Kartel Ofisinin söz konusu argümanı ile benzer şekilde kullanıcının sağladığı verilerin karşılık olarak addedilebileceği düşüncesindedir. Nitekim Rekabet Kurulu işbu inceleme konusu *Google LLC* kararından önce yine Google'a ilişkin 2018 yılında verdiği başka bir kararında,[301] "Tüketici Zararı" başlığı altında, kişisel verilerin açık edilmesi ile bir bedel ödendiğini vurgulamıştır. Buna karşın incelememize konu Rekabet Kurulu kararının "İlgili Pazar" başlığı altında, ücret ödemeksizin sunulan hizmeti alan kullanıcılar tarafından sağlanan verilerin parasal bir değer taşıyıp taşımadığı hususu, bir başka anlatımla bu verilerin parasal bir değere sahip karşılık olarak kabul edilip edilmediği tartışılmamıştır. Buna ek olarak, Rekabet Kurulu'nun bu hususa ilişkin kabulünün ne yönde olduğunun açık bir şekilde ifade edilmesi de tercih edilmemiştir.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un kapsam başlıklı 2'nci maddesinde Kanun kapsamına girebilme açısından teşebbüslerin faaliyetlerinin Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde mal ve hizmet piyasalarında gerçekleşmesi şart kılınmıştır.[302] Buradaki hizmet piyasasından ne anlaşılması gerektiği hususunda, Kanun'un 3'üncü maddesinde verilen hizmet tanımının yol gösterici olabileceği düşünülmektedir. Söz konusu maddede "hizmet" ibaresi, bir bedel veya menfaat karşılığında yapılan bedeni, fikri veya her ikisi beraber olan faaliyet şeklinde tanımlanmıştır. Buna göre bir faaliyetin hizmet olarak nitelenebilmesi için karşılığında bir bedel veya menfaat

---

[301] 19.09.2018 tarihli ve 18-33/555-273 sayılı Kurul kararı.

[302] 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un kapsam başlıklı 2'nci maddesi;

"*Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren ya da bu piyasaları etkileyen her türlü teşebbüsün aralarında yaptığı rekabeti engelleyici, bozucu ve kısıtlayıcı anlaşma, uygulama ve kararlar ile piyasaya hakim olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmaları ve rekabeti önemli ölçüde azaltacak birleşme ve devralma niteliğindeki her türlü hukuki işlem ve davranışlar, rekabetin korunmasına yönelik tedbir, tespit, düzenleme ve denetlemeye ilişkin işlemler bu Kanun kapsamına girer.*"

hükmündedir.

edinilmesi gerekmektedir. Kanunla getirilen bu şart genel arama hizmetleri bakımından değerlendirildiğinde, platform işletici tarafından ücretsiz sunulan genel arama hizmetlerinin Kanundaki hizmet tanımının kapsamına girebilmesi için platformun sunduğu bu hizmet karşılığında bir bedel veya menfaat elde etmesi gerekmektedir.

Yukarıda da değinildiği üzere Rekabet Kurulu *Google LLC* kararında açık bir şekilde ifade etmemişse de, Alman Federal Kartel Ofisinin argümanı ile benzer şekilde kullanıcının sağladığı verilerin karşılık olarak addedilebileceği düşüncesindedir. Hatta Rekabet Kurulunun yine yukarıda değinilen 2018 yılındaki kararına göre kullanıcı kişisel verilerini açık etmek suretiyle bir bedel ödemektedir. Bu noktadan hareketle, kullanıcıların girdikleri her sorgu ile sağladıkları verinin Kanun'un hizmet tanımında geçen "bedel" olarak değerlendirilebileceği sonucuna ulaşılabilir. Kanımızca söz konusu değerlendirmenin, bir platformu içeren her Rekabet Kurulu kararında özel olarak yapılması gerekmektedir. Zira bir faaliyetin hizmet olarak nitelenip nitelenmemesi o faaliyetin Kanun kapsamına girip girmediği sorusuna da cevap vereceğinden çok büyük önemi haizdir.

Diğer taraftan bir platformun ücretsiz hizmet sunduğu bazı hallerde, Rekabet Kurulu'nun *Google LLC* kararındaki genel arama hizmetleri örneğinin aksine, platformun karşılığında bir bedel veya menfaat elde etmemesi nedeniyle platformun bu faaliyetinin 4054 sayılı kanundaki hizmet tanımının kapsamına girmeyerek Kanun kapsamı dışında kalabilme ihtimali de bulunmaktadır. Tek bir kart kuruluşunun, tüketiciler ve işyerleri arasındaki ödeme işlemlerine aracılık ettiği ve bunun karşılığında kart sahibi tüketici ve işyerlerini fiyatladığı üç taraflı bir sistemde, kart kuruluşunun kart sahibini fiyatlamayı tercih etmediği haller buna örnektir. Bu sistemde, kart hamilinin kart kuruluşuna dönemlik ve/veya işlem tutarının belli bir oranında ücretler ödemesi gerekebilmektedir. Fakat kart kuruluşu, kart hamilllerinin sayısını artırmak suretiyle kendisine daha yüksek fiyattan ödemede bulunacak işyerlerini platformuna çekebilmek amacıyla kart hamillerinden ücret almama seçeneğini tercih edebilir. Böyle bir durumda, kart kuruluşunun genel arama hizmetleri platformundaki kullanıcı verisine benzer şekilde sunduğu hizmet karşılığı elde ettiği bedel veya menfaat şeklinde bir karşılık da bulunmamaktadır. Esasında kart kuruluşu bu ihtimalde, dolaylı ağ etkisinin bir sonucu olarak kart hamiline sunduğu hizmetin karşılığı bedel veya menfaati daha fazla üye işyerinin platforma katılması ya da üye işyeri ücretlerinde artışa gitmek suretiyle üye işyerinden elde etmektedir. Dolayısıyla 4054 sayılı

kanundaki hizmet tanımının lafzı dikkate alınarak konu değerlendirildiğinde, kart kuruluşu kart hamiline sunduğu hizmet karşılığında bir bedel veya menfaat elde edemediğinden, kart kuruluşunun sağladığı söz konusu hizmet Kanundaki "hizmet" tanımının kapsamı dışında kalabilecektir. Dolayısıyla kart kuruluşunun kart hamiline yönelik bu faaliyetinin hizmet piyasası kapsamına da giremeyeceği ve bu nedenle 4054 sayılı Kanun'un kapsamı dışında kalarak Rekabet Kurumu'nun görev ve yetki alanı dışına çıkacağı söylenebilir.

Bu noktada tartışılması gereken bir başka husus, platformun bir tarafa ücretsiz hizmet sunduğu hallerde, hizmetin ücretsiz olması nedeniyle (dolaylı ağ etkilerinin sonucu olarak) platformun diğer tarafından edindiği "menfaat"in, 4054 sayılı Kanundaki hizmet tanımı anlamında bir menfaat olarak kabul edilmesi ve bir anlamda etkisinin yorum yoluyla ücretsiz hizmet verilen tarafa uzatılması suretiyle ücretsiz hizmet verilen pazarın 4054 sayılı Kanun kapsamına girmesini sağlayıp sağlamayacağıdır. Yukarıda da değinildiği üzere "*hizmet*" ibaresi 4054 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesinde bir bedel veya menfaat karşılığında yapılan bedeni, fikri veya her ikisi beraber olan faaliyet şeklinde tanımlanmıştır. Bir "bedel veya menfaat karşılığında" ifadesinde geçen "karşılığında" ibaresi ile faaliyeti gerçekleştiren tarafın elde edeceği bedel veya menfaatin, faaliyetin icra edildiği yani hizmetin sunulduğu kişiden mi elde edilmesi gerektiği yoksa bu kişi dışında kalan üçüncü kişilerden bu hizmete karşılık elde edilebilecek bir bedel veya menfaatin de bu kapsamda mı değerlendirileceği açık bir şekilde ortaya konulmamıştır. Kanımızca buradaki karşılık ifadesinden bedeni, fikri veya her ikisi beraber olan faaliyetin sunulduğu taraftan bu faaliyete karşılık doğrudan elde edilecek bedel veya menfaat anlaşılmalıdır.

Bu soruya, kart kuruluşunun kart hamillerinden ücret almadığı ve dolaylı ağ etkisinin bir sonucu olarak kart hamiline sunduğu hizmetin karşılığı bedel veya menfaati, daha fazla üye işyerinin platforma katılması ya da üye işyeri ücretlerinde artışa gitmek suretiyle üye işyerinden elde ettiği bir örnek üzerinden cevap verilebilir. Öncelikle kart kuruluşunun kart sahiplerine ve işyerlerine yönelik verdiği hizmetlerin niteliği birbirinden farklıdır. Üç taraflı sistem bakımından değerlendirdiğimizde, kart kuruluşu, kart sahipleri için kredi kartları basmakta ve müşterilerine dağıtmaktadır. Buna karşın kart kuruluşu üye işyerleri içinse, belirli bir komisyon (işyeri komisyonu) ücreti karşılığında anlaşmalar yaparak bu işyerlerine satış noktası terminalleri (POS-Point of Sale Terminal) sağlamaktadır. Bu nedenle kart kuruluşunun

üye işyerinin platforma katılması ya da üye işyeri ücretlerinde artışa gitmek suretiyle üye işyerinden elde ettiği bedel veya menfaat, kart sahibine sunulan hizmetin doğrudan karşılığı değildir. Daha ziyade, işyerlerine satış noktası terminalleri sağlamak suretiyle sunduğu hizmetlerin karşılığıdır. Bu bağlamda, söz konusu örnekte platformun işyerlerinden elde ettiği ücret gelirleri, platformun kart sahiplerine ücretsiz olarak verdiği hizmetlerin doğrudan karşılığı niteliği taşımamaktadır. Bu çerçevede platformun karşı tarafından elde edilen bu gelirler, platformun diğer tarafına ücretsiz olarak verilen hizmetlerin, 4054 sayılı Kanundaki hizmet tanımı kapsamına girmesini sağlamayacaktır. Aksinin kabulü yorum yoluyla Kanun'un kapsamının genişletilmesi anlamına gelecektir bu hususta yetkinin yasama organına ait olduğu tabiidir.

Yukarıda yer verilen açıklamalarımız çerçevesinde, bu noktada bizim önerimiz 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunun 3'üncü maddesindeki hizmet tanımına, Alman Rekabet Kanunu'nun (Act against Restraints of Competition- Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen-GWB) 18. bölümünün 2(a) bendinde yapılan değişikliğe benzer şekilde "platformlarla" sınırlı olacak biçimde bir ekleme yapılmasıdır. Böylece bazı platformlarda, platformun bir tarafındaki kullanıcılara platform tarafından ücretsiz olarak sunulan hizmetlerin, 4054 sayılı Kanun'un hizmet tanımının kapsamı dışında kalabilmesi ihtimali de bertaraf edilmiş olabilecektir.

SONUÇ

Platformları geleneksel pazarlardan ayıran en önemli özellik platformların dolaylı ağ etkileri göstermesidir. Zira bir platformun farklı tarafları, verdikleri kararlar birbirlerini etkilediği oranda karşılıklı bağımlılık içerisine girmektedirler. Dolaylı ağ etkileri de platformun tarafları arasındaki söz konusu bağımlılık veya bağlantının göstergesi durumundadırlar. Bu bağlamda dolaylı ağ etkileri, yol açtıkları etkilerin gücü bakımından bir platformun tek bir pazardan mı veya iki ayrı pazardan mı meydana geldiği sorunsalının çözümünde bir test vazifesi görebilir.

ABD Yüksek Mahkemesine göre dolaylı ağ etkilerinin tesirleri bir pazarda küçük kaldığında bu pazara (iki taraflı değil) tek taraflı pazar olarak muamele edilmelidir. Buna karşın Yüksek Mahkemeye göre kredi kartı piyasası gibi iki taraflı işlem platformları, ilan içeren (satan) gazete platformlarından farklıdır. Kredi kartı platformları taraflar arasındaki tek ve eşzamanlı işlemleri yönetmektedir. Kredi kartları bakımından bir ağ, verdiği

hizmetleri, sadece bir işyerinin ve kart sahibinin her ikisi de bu ağı aynı anda kullanmayı seçerse satabilir. İşlem hizmetlerini ya kart sahiplerine ya da işyerlerine olacak şekilde ayrı ayrı satamaz. Satışları en iyi haline getirebilmek için söz konusu ağ, işyerleri ve kart sahipleri arasında en fazla sayıda karşılıklı eşleşmenin meydana gelmesini teşvik etmek için taraflara yönelik ücretlendirmesinde bir denge bulmak zorundadır. Dolayısıyla kredi kartı platformunda taraflar arasındaki dolaylı ağ etkileri son derece güçlüdür. Bu nedenle mahkemeler kredi kartı pazarını tanımlarken platformun her iki tarafını da (işyerleri ve kart sahipleri) dâhil etmelidir.

Alman rekabet otoriteleri de dolaylı ağ etkilerinin gücünü bir ölçüt olarak dikkate alma eğilimindedir. Alman Federal Kartel Ofisine göre eğer bir işletme aralarında dolaylı ağ etkileri bulunan iki veya daha fazla taraf arasındaki doğrudan etkileşimi mümkün hale getiren aracılık hizmetini sağlıyorsa platform olarak kabul edilebilir. Alman Tekel Komisyonu ise platformun sınıflandırmasına bakılmaksızın platformun iki grup kullanıcısı arasında güçlü dolaylı ağ etkilerinin bulunduğu durumlarda tek bir pazar tanımı yapılması gerektiğini savunmaktadır.

Fakat bazı durumlarda bir platformun içerisindeki taraf sayısına bağlı olarak aynı platformun içerisinde farklı düzeyde dolaylı ağ etkilerinin görülmesi ve bunun sonucunda da farklı pazar tanımlarının yapılabilmesi de mümkün olabilmektedir. Şöyle ki kredi kartı platformunda taraf sayısına bağlı olarak üç taraflı sistem ve dört taraflı sistem bakımından mahkemelerin pazar tanımında farklı yaklaşımlar sergilediği de görülebilmektedir. Örneğin *Amex* kararında esasında üç taraflı bir sistem bulunmaktadır. Bir kart sahibi, *American Express* kredi kartlarını kabul eden bir işyerinden bir ürün satın aldığında *Amex* bu işlemi kendi ağı vasıtasıyla tamamlamakta ve vakit geçirmeksizin hizmet ücreti kesintisi yaparak işyerine ödeme yapmaktadır. Dolayısıyla bu sistemde Yüksek Mahkemenin ifadesi ile *Amex* tek ve eşzamanlı işlemleri yönetmektedir. Bu durumun sonucu olarak üç taraflı sistemde taraflar arasındaki dolaylı ağ etkisinin de güçlü olduğu söylenebilir. Bu noktadan hareketle Yüksek Mahkeme tek bir pazar tanımında bulunmuştur. Buna karşın dört taraflı sistemde farklı bir durum ortaya çıkmaktadır. Örneğin AB'nin *MasterCard* kararında taraflar arasındaki ilişki aslında dört taraflı bir sistem meydana getirmektedir. Avrupa Komisyonu dört taraflı kredi sistemine ilişkin verdiği bu kararda üç tip pazar ayrımında bulunmuştur. Bunlardan ilki "üst pazar" ya da "ağ pazarı" olarak adlandırılan ve finansal kuruluşları kendi ağlarına katılmaya ikna etmek için rekabet içerisine giren

ve söz konusu ağları üzerinden bu kuruluşlara hizmet sağlayan farklı ödeme sistemlerinin bulunduğu pazardır. Komisyon bu pazarı sistemlerarası (*inter-system*) rekabetin gerçekleştiği yer olarak değerlendirmiştir. İkinci pazar ise finansal kuruluşlar (genellikle bankalar) arasında kart ile ilişkili faaliyetler (ihraç ve kabul) bakımından rekabetin gerçekleştiği alt pazardır. Üçüncü olarak komisyon bu alt pazar içinde de ihraç ve kabul hizmetleri için iki ilgili pazar tanımında bulunmuştur. Görüldüğü üzere, taraf sayısının artması nedeniyle ABD Yüksek Mahkemesinin ifadesiyle kredi kartı işleminin platform tarafından tek ve eşzamanlı olarak tamamlanması mümkün olamamakta, söz konusu işlem üst ve alt pazar şeklinde tanımlanabilecek pazarlardaki bir dizi işlem sonucunda tamamlanabilmektedir. Dolayısıyla bu durumda her ne kadar platformun tarafları arasında dolaylı ağ etkileri halen mevcut olsa da, söz konusu etkilerin üç taraflı kredi kartı sisteminin aksine zayıf nitelikte olduğu da ileri sürülebilir.

Yukarıda yer verilen açıklamalarımızdan hareketle, platformlarda pazar tanımının taraflar arasındaki dolaylı ağ etkilerinin gücü dikkate alınarak yapılabileceği değerlendirilmektedir. Bunun için öncelikle platformlar, bu platformların tarafları arasındaki dolaylı ağ etkisinin seviyesine göre sınıflandırılabilir. Böylece kredi kartı, emlak alım satımına aracılık veya genel arama hizmetleri gibi platformlar tarafları arasındaki dolaylı ağ etkilerinin çok zayıf, zayıf veya güçlü olarak nitelenmesine bağlı olarak farklı gruplarda yer alabilecektir. Dolaylı ağ etkilerine yönelik yapılacak bu niteleme aynı zamanda platforma ilişkin pazarın ne şekilde tanımlanabileceği sorununun da çözümüne katkı sağlayabilecektir. Bu yeni çözüm önerisinin platformun farklı tarafları arasındaki dolaylı ağ etkisinin gücüne göre şu olası sonuçları meydana getirmesi de mümkün olabilir. İlk ihtimale göre, taraflar arasındaki dolaylı ağ etkisinin "çok zayıf" nitelikte olması halinde platform tek taraflı pazar şeklinde tanımlanabilir. İkinci ihtimalde ise, taraflar arasındaki dolaylı ağ etkisinin "zayıf" nitelik taşıması halinde platform iki ayrı pazar şeklinde veya taraf sayısının artmasına bağlı olarak alt ve üst pazar şeklinde birden fazla pazar tanımını içerecek şekilde tanımlanabilir. Son ihtimale göre ise taraflar arasındaki dolaylı ağ etkisinin "güçlü" olması halinde platform tek bir pazar şeklinde tanımlanabilir.

Bu çerçevede çalışmamızda ortaya koymaya çalıştığımız üzere, platformlarda pazar tanımının taşıdığı önem nedeniyle ülkemiz rekabet hukuku sisteminde de ABD ve AB rekabet hukukundaki mevcut perspektiflere uygun bir dönüşüme ihtiyaç bulunduğu düşünülmektedir. Bu amaçla 1997/1

sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'de ve İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz'da yer verilen pazar tanımlarının platformların farklı tarafları arasındaki dolaylı ağ etkilerinin gücü dikkate alınacak şekilde revize edilmesinin yararlı olacağı değerlendirilmektedir. Böylesine bir çalışmada yukarıdaki çözüm önerimiz de dikkate alınabilir.

Bu bölümde değinilmesi gereken başka bir husus ise, bir platformun "ücretsiz" hizmet verilen tarafındaki pazarın bir ekonomik faaliyet olarak adlandırılıp adlandırılamayacağıdır. Söz konusu soruya özellikle ABD ve AB rekabet hukuku sistemlerinde mahkemelerce net bir cevap verilemediği söylenebilir. Bu noktada özellikle Alman Rekabet Kanunu'nun (Act against Restraints of Competition- Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen-GWB) 18. bölümünün 2(a) bendinde yapılan değişikliğin önem arzettiği düşünülmektedir. Bir pazarın tanımlanması aşamasındaki varsayımın, bir ürün veya hizmetin ücretsiz olarak sağlanması nedeniyle geçersiz hale gelmeyeceğini hükme bağlayan bu değişikliğe benzer bir ifadenin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunun 3'üncü maddesindeki hizmet tanımına platformlarla sınırlı olacak biçimde eklenebileceği düşünülmektedir. Böylece bazı platformlarda, platformun bir tarafındaki kullanıcılara platform tarafından ücretsiz olarak sunulan hizmetlerin, 4054 sayılı Kanun'un hizmet tanımının kapsamı dışında kalabilmesi ihtimali de bertaraf edilmiş olabilecektir. Aksi takdirde bu türdeki hizmetlerin sunulduğu pazarlar, hizmet piyasası kapsamına giremeyecek olmaları nedeniyle 4054 sayılı Kanun kapsamında inceleme konusu yapılamayabilecektir.

KAYNAKÇA

Kitaplar

ABA Section of Antitrust Law, **Mergers and Acquisitions: Understanding the Antitrust Issues**, 3. Baskı, 2008.

AKMAN Pınar, **The Concept of Abuse in EU Competition Law: Law and Economic Approaches**, Hart Publishing, 2012.

ASLAN İsmail Yılmaz, **Rekabet Hukuku**, Ekin Basım Yayın, 5. Baskı, 2017.

BLAIR Roger D. / SOKOL D. Daniel, **The Oxford Handbook of International Antitrust Economics**, Volume 2, Oxford University Press, 2014.

CARLTON Dennis W. / PERLOFF Jeffrey M., **Modern Industrial Organization**, Boston: Pearson/Addison Wesley, 3. Baskı, 2000.

CREMER Jacques / MONTJOYE Yves-Alexandre de / SCHWEITZER Heike, **Competition Policy for the Digital Era Final Report**, Publications Office of the European Union, 2019.

EKİN Beste, **Kişisel Verilerin Korunması ve Rekabet Hukuku Boyutuyla Büyük Veri**, On İki Levha Yayınları, 2021.

EVANS David S. / SCHMALENSEE Richard, **Antitrust Analysis of Platform Markets: Why the Supreme Court Got it Right in American Express**, Competition Policy International, 2019.

EZRACHI Ariel, **EU Competition Law an Analytical Guide to the Leading Cases**, Oxford: Hart Publishing, Fifth Edition, 2016.

EZRACHI Ariel/ STUCKE Maurice E., **Virtual Competition: The Promise and Perils of Algorithm-Driven Economy**, Harvard University Press, 2016.

GERADIN Damien / FILISTRUCCHI Lapo / DAMME Eric Van / AFFELDT Pauline, **Market Definition in Two Sided Markets**, Tilburg Law School Legal Studies Research Paper Series No. 09/2013.

GÜNDÜZ Hale, **Çift Taraflı Pazarlarda Rekabet Hukuku Uygulamaları**, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 106, Ankara 2009.

KAYA Ferudun, **Türkiye'de Kredi Kartı Uygulaması**, Türkiye Bankalar Birliği Yayın No: 263, Ocak 2009.

KOÇ Ali Fuat, **İki Taraflı Piyasalar ve Türkiye'de Kredi Kartları Piyasasının Ekonomik Analizi**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012.

LEHDONVİRTA Vili / PARK Subin / KRELL Tina / FRIEDERICI Nicolas, **Platformization in Europe**, Platform Alternatives Research Project, June 2020.

LEMLEY Mark A. / LESLIE Christopher R., **Gilbert Law Summaries Antitrust**, Thomson West 2010.

LIANOS Ioannis, **Competition Law for the Digital Era: A Complex Systems' Perspective**, UCL Centre for Law, Economics and Society Research Paper Series: 6/2019.

LUNDQVIST Björn, **Big Data, Open Data, Privacy Regulations, Intellectual Property and Competition Law in an Internet of Things World**, Stockholm Faculty of Law Research Paper Series, 2016.

ROBERTSON Viktoria H. S. E., **Competition Law's Innovation Factor: The Relevant Market in Dynamic Contexts in the EU and the US,** Oxford: Hart Publishing, 2020.

URAN Emrah, **Amerika Birleşik Devletleri Rekabet Hukuku Teori ve Uygulama**, Oniki Levha Yayınları 2019.

WHISH Richard / BAILEY David, **Competition Law**, Oxford University Press Seventh Edition, 2012.

Makaleler

AKMAN Pınar, "The Theory of Abuse in Google Search: A Positive and Normative Assessment Under EU Competition Law (July 19, 2016)". [2017] (2) **Journal of Law, Technology and Policy** 301, ss. 301-374.

AMSTRONG Mark, "Competition in two-sided markets", **RAND Journal of Economics**, Vol. 37 (2006), ss. 668-691.

AYATA Zeynep, "Büyük Yenilik Büyük Değişiklik Gerektirir mi? Avrupa Birliği Rekabet Hukukunun Büyük Veri ile İmtihanı", **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Cilt: 34, Sayı: 4, Aralık 2018, ss. 203-239.

CARLTON Dennis, "The Anticompetitive Effects of Vertical Most-Favored-Nation Restraints and the Error of Amex (2019)", **Columbia Law Review Forthcoming, 88**, ss. 1-15.

CAVANAGH Edward D., "Antitrust Law and Economic Theory: Finding a Balance", 45 **Loyola University Chicago Law Journal** 123 (2013), ss. 123-171.

EDELMAN Benjamin / GERADIN Damien, "An Introduction to the Competition Law and Economics of 'Free'" (August 23, 2018). Forthcoming, **Antitrust Chronicle, Competition Policy International**, ss. 1-11.

FIRST Harry, American Express, the Rule of Reason, and the Goals of Antitrust, 98 **Nebraska Law Review** 319 (2019), ss. 319-344.

EVANS David S. / NOEL Michael, "Defining Antitrust Markets When Firms Operate Two Sided Platforms", **Columbia Business Law Review** 2005, ss. 101-134.

GRANIERI Massimiliano Granieri, "Two-Sided Markets and the Credit Card Industry: Are Antitrust Authorities Missing the Big Picture?" (August 23, 2011), ss. 1-32.

GÜRKAYNAK Gönenç / İNANILIR Öznur / DİNİZ Sinan / YAŞAR Ayşe Gizem, "Multisided Markets and the Challenge of Incorporating Multisided Considerations into Competition Law Analysis", **Journal of Antitrust Enforcement**, 2017, 5, ss. 100-129.

LI Liang, "Data and Market Definition of Internet-based Business", **Competition and Regulation in Network Industries**, Vol. 20(1), 2019, ss. 54-85.

HOVENKAMP Herbert J., "Platforms and the Rule of Reason: The American Express Case", (2019), **Faculty Scholarship at Penn Law**, 2058, ss. 35-92.

HOVENKAMP Herbert J., "Antitrust and Platform Monopoly", (2020a), **Faculty Scholarship at Penn Law**, 2192, ss. 1-121.

HOVENKAMP Herbert J., "The Looming Crisis in Antitrust Economics (2020b)", **Faculty Scholarship at Penn Law**, 2151, ss. 1-66.

JOHNSON Paul A., "Indirect Network Effects, Usage Externalities, and Platform Competition", **Oxford Journal of Competition Law & Economics**, Volume 15, Issue 2-3, June/September 2019, ss. 283-297.

KATZ Michael L., "Multisided Platforms, Big Data, and a Little Antitrust Policy", **Review of Industrial Organization** (2019) 54, ss. 696-716.

KATZ Michael L. / SHAPIRO Carl, "Critical Loss: Let's Tell the Whole Story", **ANTITRUST**, Spring 2003, ss. 49-56.

KATZ Michael / SALLET Jonathan, "Multisided Platforms and Antitrust Enforcement", 127 **Yale Law Journal** 2142 (2018), ss. 2142-2175.

KATZ Michael L. / MELAMED A. Douglas, "Competition Law as Common Law: American Express and the Evolution of Antitrust", **University of Pennsylvania Law Review** (forthcoming 2020), ss. 1-60.

KERSTING Christian / DWORSCHAK Sebastian, "Google als Marktbeherrscher?-zur geringen Aussagekraft hoher Nutzerzah-len im Internet" (Does Google Hold a Dominant Market Position? -Adreessing the (Minor) Significance of High Online User Shares), **ifo Schnelldienst** 16/2014, ss. 1-8.

KHAN Lina M., Amazon's Antitrust Paradox, 126 **Yale Law Journal** (2017), ss. 710-805.

KIRKWOOD John B., "Antitrust and Two-Sided Platforms: The Failure of American Express", **Cardozo Law Review**, November 19, 2019, ss. 1805-1858.

LANEY Doug, "3d Data Management: Controlling Data Volume, Velocity and Variety", Meta Group Research Note, 6(70), 2001.

LASSERRE Bruno / MUNDT Andreas, "Competition Law and Big Data: The Enforcers' View", Italian Antitrust Review, N. 1 (2017), ss. 87-103.

LEE In, "Big data: Dimensions, evolution, impacts, and challenges", **Business Horizons**, Volume 60, Issue 3, 2017, ss. 293-303.

MELAMED Douglas, "The American Express Case: Back to the Future", (June 15, 2019). Forthcoming in **Colorado Technology Law Journal**, ss. 1-16.

NEWMAN John M., "Antitrust in Zero-Price Markets: Foundations", 164 **University of Pennsylvania Law Review**, 149 (2015). ss. 149-206.

SAGERS Chris, "Platforms, American Express, and the Problem of Complexity in Antitrust", 98 **Nebraska Law Review** 389 (2019), ss. 389-411.

SALOP Steven C., "The First Principles Approach to Antitrust, Kodak, and Antitrust at the Millenium", 68 **Antitrust Law Journal**, 187, (2001), ss. 187-202.

SHELANSKI Howard A., "Information, Innovation, and Competition Policy for the Internet, 161 **University of Pennsylvania Law Review** 1663 (2013), ss. 1663-1705.

SHELTON David, "Coding Consent: The Merits of Antitrust Consent Decrees in the Tech Industry", **UCLA Journal of Law & Technology**, Volume 19, Issue 1, Spring 2015, ss. 1-34.

SIVINSKI Greg / OKULIAR Alex Okuliar / KJOLBYE Lars, "Is Big Data a Big Deal? A Competition Law Approach to Big Data", **European Competition Journal**, 13:2-3, 2017, ss. 199-227.

SOKOL Daniel / COMERFORD Roisin, "Antitrust and Regulating Big Data", **George Mason Law Review**, 1129 (2016), ss. 1129-1161.

TUCKER Darren S. / WELLFORD Hill B., "Big Mistakes Regarding Big Data", 14 **ANTITRUST SOURCE**, Dec. 2014, ss. 1-12.

PITOFSKY Robert, "New Definitions of the Relevant Market and the Assault on Antitrust", 90 **Columbia Law Review** 1805 (1990), ss. 1805-1864.

ROCHET Jean-Charles / TIROLE Jean, "Two-Sided Markets: An Overview, The Economics of Two-Sided Markets", Toulouse, France, March 12, 2004, ss. 1-44.

ROCHET Jean-Charles / TIROLE Jean, "Two-Sided Markets: A Progress Report", Toulouse, France, November 29, 2005, ss. 1-42.

ÖZKUL Mehmet Fatih, "İlgili Pazarın Belirlenmesinde Kullanılan Kantitatif Yöntemler ve Güncel Uygulamalar", **Finans Politik&Ekonomik Yorumlar**, Cilt 54, Sayı 624, 2017, ss. 9-24.

WRIGHT Joshua D. / DORSEY Elyse, "Antitrust Analysis of Big Data", **Competition Law & Policy Debate** 35 (December 2016), ss. 35-41.

Yun, John M., "Antitrust After Big Data, Criterion Journal on Innovation, Vol. 4, 2019", **George Mason Law & Economics Research Paper No. 19-24**, ss. 407-429.

Diğer Kaynaklar

Autorité de la Concurrence / Bundeskartellamt (2016), Competition Law and Data, s. 4,

https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2016/10_05_2016_Big%20Data%20Papier.html (Erişim Tarihi: 08.04.2021).

BORK Robert H., Opinion, Antitrust and Google, Chicago Tribune, 6 Nisan 2012. (Erişim tarihi: 10.04.2021 https://www.chicagotribune.com/opinion/ct-xpm-2012-04-06-ct-perspec-0405-bork-20120406-story.html. (Erişim Tarihi: 08.04.2021).

Bundeskartellamt B6-113/15, Working Paper - Market Power of Platforms and Networks, June 2016,

https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Berichte/Think-Tank-Bericht-Langfassung.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (Erişim Tarihi: 17.02.2021).

Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law, OJ C 372, 9.12.1997. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31997Y1209(01)&from=EN (Erişim Tarihi: 17.02.2021).

European Data Protection Supervisor,

https://edps.europa.eu/data-protection/data-protection/reference-library/big-data-and-digital-clearing-house_en. (Erişim Tarihi: 08.04.2021).

Federal Trade Commission (2016), Big Data a Tool for Inclusion or Exclusion, FTC Report, s. 1,

https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/big-data-tool-inclusion-or-exclusion-understanding-issues/160106big-data-rpt.pdf. (Erişim Tarihi: 08.04.2021).

İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz,

https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/kilavuzlar/ilgili-pazarin-tanimlanmasina-iliskin-kilavuz1.pdf (Erişim Tarihi: 17.02.2021).

McKINSEY Global Institute, Big Data: The Next Frontier for Innovation, Competition and Productivity, (June 2011), s. 1,

https://www.mckinsey.com/~/media/McKinsey/Business%20Functions/McKinsey%20Digital/Our%20Insights/Big%20data%20The%20next%20frontier%20for%20innovation/MGI_big_data_exec_summary.pdf (Erişim Tarihi: 08.04.2021).

Monopolkommission, Competition Policy: The Challenge of Digital Markets, Special Report No 68, 2015,

https://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/s68_fulltext_eng.pdf (Erişim Tarihi: 17.02.2021).

OECD (2009), Two-Sided Markets,

https://www.oecd.org/daf/competition/44445730.pdf (Erişim Tarihi: 17.02.2021).

OECD (2012a) Policy Roundtables-Market Definition,

http://www.oecd.org/daf/competition/Marketdefinition2012.pdf (Erişim Tarihi: 17.02.2021).

OECD (2012b), The Digital Economy,

http://www.oecd.org/daf/competition/The-Digital-Economy-2012.pdf (Erişim Tarihi: 17.02.2021).

OECD (2013), "Exploring Data-Driven Innovation as a New Source of Growth: Mapping the Policy Issues Raised by "Big Data"", OECD Digital Economy Papers, No. 222, OECD Publishing, Paris,

http://dx.doi.org/10.1787/5k47zw3fcp43-en. (Erişim Tarihi: 08.04.2021).

OECD (2016), Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era, Executive Summary,

https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/M(2016)2/ANN4/FINAL/en/pdf (Erişim Tarihi: 08.04.2021).

OECD (2016), Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era - Note by Annabella Gawer,

https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2016)74/en/pdf (Erişim Tarihi: 08.04.2021).

OECD (2017), OECD Digital Economy Outlook 2017, OECD Publishing, Paris,

https://www.oecd.org/digital/oecd-digital-economy-outlook-2017-9789264276284-en.htm (Erişim Tarihi: 17.02.2021).

OECD (2018) Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms,

www.oecd.org/competition/rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms.htm (Erişim Tarihi: 17.02.2021).

Office of Fair Trading (2004), Market Definition Understanding Competition Law,

https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284423/oft403.pdf (Erişim Tarihi: 17.02.2021).

Rekabet Kurumu Sektör Raporları, "Tüm Kartları Kabul Kuralına İlişkin Sektör Raporu", 25.11.2009,

https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/sektor-raporlari/2-tum-kartlari-kabul-ku (Erişim Tarihi: 17.02.2021).

Rekabet Kurulu Kararlarında Kullanılan İktisadi Analizlere Yönelik El Kitabı, Rekabet Kurumu

Ekonomik Analiz ve Araştırma Dairesi Başkanlığı 2019,

https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/geneldosya/1-rikel-pdf (Erişim Tarihi: 17.02.2021).

Rekabet Terimleri Sözlüğü, Gözden Geçirilmiş Altıncı Baskı, 2019,

https://www.rekabet.gov.tr/tr/Sayfa/Yayinlar/rekabet-terimleri-sozlugu/terimler-listesi?sayfa=43 (Erişim Tarihi: 17.02.2021).

Revised German Antitrust & Competition Law, June 2017,

https://www.mayerbrown.com/-/media/files/perspectives-events/publications/2017/06/revised-german-antitrust--competition-law/files/get-the-full-report/fileattachment/legalupdate-revised-german-antitrust-law.pdf (Erişim Tarihi: 17.02.2021).

Supreme Court confirms discriminatory abuse in market of medical information databases for pharmaceutical companies (France), 31-Jul-2017,

https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-009-5612?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true (Erişim Tarihi: 08.04.2021).

Statement of the Federal Trade Commission (FTC) Regarding Google's Search Practices, In the Matter of Google Inc., FTC File Number 111-0163, 2013.

https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/295971/130103googlesearchstmtofcomm.pdf (Erişim Tarihi: 17.04.2021).

The FTC Report on Google's Business Practices, 24 Mart 2015, The Wall Street Journal, http://graphics.wsj.com/google-ftc-report/ (Erişim Tarihi: 08.04.2021).

UNCTAD (2019), Digital Economy Report, Value Creation and Capture: Implications for Developing Countries, https://unctad.org/system/files/official-document/der2019_en.pdf (Erişim Tarihi: 17.02.2021).